

Gerd Meyer

Die Unterbeteiligung
an Handelsgesellschaftsanteilen

1971

DIE UNTERBETEILIGUNG
AN HANDELSGESELLSCHAFTSANTEILEN

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms - Universität
Münster

vorgelegt von
Gerd Meyer
aus Lübeck



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Reinicke

Dekan : Prof. Dr. Uber

Tag der mündlichen Prüfung: 26.4.1971

Inhaltsübersicht

<u>Einleitung</u>	<u>Seite</u>
	1
<u>Erster Teil</u>	
Allgemeine rechtliche und wirtschaftliche Grundlagen der Unterbeteiligung	4
A. Begriff und Arten der Unterbeteiligung	4
I. Begriff der Unterbeteiligung	4
II. Unterbeteiligung an verschiedenartigen Hauptgesellschaftsanteilen	5
1. Arten der Hauptgesellschaft	5
2. Einfluß der Struktur der Hauptgesellschaft auf die der Unterbeteiligung	7
III. Gesellschafter der Unterbeteiligung	9
1. Hauptbeteiligter	9
2. Unterbeteiligter	10
3. Mehrheit von Beteiligungen	11
B. Rechtliche Einordnung der Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen	13
I. Unterbeteiligung als Sonderform der BGB-Innengesellschaft	13
1. Unterbeteiligung als Gesellschaft	13
a) Der gemeinsame Zweck	13
b) Förderung des gemeinsamen Zwecks	14
2. Unterbeteiligung als Innengesellschaft	16
3. Unterbeteiligung als Sonderform der Innengesellschaft	18
II. Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen und stille Gesellschaft	21
1. Begriffliche Gegenüberstellung	21
a) Gesetzliche Merkmale der stillen Gesellschaft	21

	<u>Seite</u>
b) Begriffsmerkmale der Unterbeteiligung im Vergleich zur stillen Gesellschaft	23
aa) Beteiligung an einem Handelsgewerbe	23
bb) Beteiligung an einem Handelsgesell- schaftsanteil	24
2. Typenvergleich	26
a) Zweckmäßigkeit des Typenvergleichs	26
b) Typ der stillen Gesellschaft	28
c) Typ der Unterbeteiligung an Handels- gesellschaftsanteilen	30
3. Anwendbarkeit der §§ 335 ff HGB auf die Unterbeteiligung	33
III. Einwirkung des Hauptgesellschaftsvertrags auf den Unterbeteiligungsvertrag	35
1. Ergänzungsfunktion	36
a) Inhaltsbestimmung	36
b) Ergänzung durch Bezugnahme	37
2. Begrenzungsfunktion	44
a) Verhältnis der allgemeinen Treuepflichten	45
b) Verhältnis ausdrücklicher Vereinbarungen	46
aa) Hauptgesellschaftskonforme Auslegung des Unterbeteiligungsvertrags	47
bb) Echte Kollision von Verpflichtungen	49
IV. Verhältnis der Unterbeteiligung zu anderen Beteiligungsformen	53
1. Stille Gesellschaft an der Hauptgesellschaft	53
2. Treuhänderische Beteiligung	54
3. Partiarisches Darlehen	56
4. Abtretung der Beteiligung	57
5. Abtretung des Gewinn- oder Auseinander- setzungsanteils	58
6. Nießbrauch	58
7. Beteiligungsgesellschaft	60
8. Repräsentation mehrerer Gesellschafter	60

	<u>Seite</u>
C. Wirtschaftliche Bedeutung der Unterbeteiligung	61
I. Allgemeine Gründe zum Abschluß eines Unterbeteiligungsvertrages	61
II. Das Vorkommen von Unterbeteiligungen	62
1. Zusammenschluß mehrerer zum Erwerb eines gemeinsamen Anteils	63
2. Beteiligung in getarnter Form	64
3. Beteiligung von Mitarbeitern, insbesondere des mitarbeitenden späteren Nachfolgers	64
4. Unterbeteiligung als Familiengesellschaft zur internen Verteilung des Gesellschaftsanteils	66
5. Einräumung einer Unterbeteiligung zugunsten eines Dritten als Instrument der Einflußnahme	69
III. Wirtschaftlich und rechtlich unterschiedliche Unterbeteiligungsformen	70
1. Typische und atypische Unterbeteiligung	70
2. Verdeckte und offengelegte Unterbeteiligung	72
 <u>Zweiter Teil</u>	
Die Rechtsverhältnisse im einzelnen	73
A. Errichtung der Unterbeteiligung	73
I. Zulässigkeit	73
1. Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit	73
2. Zulässigkeit der Unterbeteiligung nach dem Hauptgesellschaftsvertrag	76
II. Form des Unterbeteiligungsvertrags	77
1. § 15 GmbHG	77
2. § 313 BGB	78
3. § 518 BGB	79
III. Umdeutung einer fehlgeschlagenen gesellschaftlichen Beteiligung in eine Unterbeteiligung	82

	<u>Seite</u>
B. Geschäftsführung	85
I. Außerhalb der Hauptgesellschaft	85
II. Innerhalb der Hauptgesellschaft	86
1. Geschäftsführung des Hauptbeteiligten	86
a) Geschäftsführung der Hauptgesellschaft	87
b) Ausübung sonstiger Rechte	93
2. Mitwirkungsbefugnisse des Unterbeteiligten	95
a) Interne Mitwirkungsbefugnisse	96
aa) Zulässigkeit von Stimmbindungs- verträgen	96
(1) Kapitalgesellschaften	96
(2) Personalgesellschaften und Kapitalgesellschaften mit vinkulierten Anteilen	98
bb) Durchsetzbarkeit von Stimmbindungs- verträgen	103
cc) Möglichkeit der Stimmteilung	104
b) Mitwirkungsbefugnisse in der Haupt- gesellschaft	109
C. Gewinn und Verlust	111
I. Gewinnbeteiligung	111
1. Beteiligung am Gewinnanteil des Haupt- beteiligten	111
a) Maßstab der Gewinnbeteiligung	111
b) Umfang des zu verteilenden Gewinns	113
c) Entnahmebeschränkungen	116
d) Bildung von Rücklagen	118
e) Berücksichtigung der Geschäftsführungs- tätigkeit	120
f) Beteiligung an Entnahmen nach § 122 HGB	121
2. Beteiligung an sonstigen Rechten	123
II. Verlustbeteiligung	126

	<u>Seite</u>
D. Informationsrecht des Unterbeteiligten	130
I. - Entsprechende Anwendbarkeit des § 338 HGB	131
II. Begrenzung des Informationsrechts	134
III. Bedeutung des begrenzten Informationsrechts im Besteuerungsverfahren	138
E. Auflösung der Unterbeteiligung	139
I. Kündigung der Unterbeteiligung	139
1. Ordentliche Kündigung durch einen Gesellschafter	139
2. Außerordentliche Kündigung durch einen Gesellschafter	143
3. Kündigung durch einen Gläubiger des Unterbeteiligten	144
II. Tod des Gesellschafters	146
1. Tod des Hauptbeteiligten	146
2. Tod des Unterbeteiligten	148
III. Beendigung und rechtliche Veränderung der Hauptbeteiligung	150
1. Beendigung der Hauptgesellschaft	150
2. Verlust der Hauptbeteiligung	150
3. Rechtliche Veränderung der Hauptbe- teiligung	151
IV. Konkurs der Gesellschafter der Unterbeteiligung	155
F. Auseinandersetzung der Unterbeteiligung	158
I. Entsprechende Anwendbarkeit des § 340 HGB	158
II. Abweichende Vereinbarungen	161
<u>Schlußbetrachtung</u>	165

Literaturverzeichnis

- Aulinger, Leonhard Die stypische stille Gesellschaft,
Düsseldorf 1955
- Ballerstedt, Kurt Der gemeinsame Zweck als Grund-
begriff des Rechts der Personen-
gesellschaften,
JuS 1963, S. 253 ff.
- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch
mit Nebengesetzen ohne Seerecht,
18. Auflage
München 1968
- Baumbach-Hueck Kurzkommentar zum Aktiengesetz,
13. Auflage,
München 1968
Kommentar zum Gesetz betreffend
die Gesellschaft mit beschränkter
Haftung,
13. Auflage,
München 1970
- Baumbach-Lauterbach Zivilprozeßordnung mit Gerichts-
verfassungsgesetz und anderen
Nebengesetzen,
29. Auflage,
Berlin 1966.
- Bilda, Klaus Dogmatik der Anpassungsklauseln
in Verträgen,
Diss. Münster 1967
- Boehmer, Henning v. Die uneinheitliche Stimmrechts-
ausübung bei Handelsgesellschaften,
NJW 1949, S. 564 ff.
- Boesebeck, Ernst Abstimmungsvereinbarungen mit
Aktionären,
NJW 1960, S. 7 ff.
Die "kapitalistische" Kommandit-
gesellschaft,
Frankfurt a.M. 1938
- Böttcher, Conrad Zum Steuer- und Wirtschaftsrecht
der Familienunternehmen,
StbJb 1959/60, S. 151 ff.

- Böttcher-Zartmann Stille Gesellschaft und Unter-
beteiligung,
Stuttgart 1968
- Buchwald, F. Die geschenkte Aufnahme in eine
Personengesellschaft,
GmbHG 1953, S. 81 ff.
- Bühler, Ottmar Steuerrecht der Gesellschaften
und Konzerne,
3. Auflage,
Berlin und Frankfurt 1956
- Bunke, Erwin Der Nießbrauch an der Beteili-
gung an einer Personengesellschaft,
DNotZ 1968, S. 5 ff.
- Busse, Andreas Zur Problematik von Stimmbindungs-
verträgen bei Personengesell-
schaften,
BB 1961, S. 261 ff.
- Coing, Helmut Allgemeine Rechtsgrundsätze in der
Rechtsprechung des RG zum Begriff
der "guten Sitten",
NJW 1947/48, S. 213 ff.
- Denkschrift zu dem Entwurf eines Handels-
gesetzbuchs und eines Einführungs-
gesetzes,
Berlin 1897
- Düchting, Alfons Die Unterbeteiligung im Einkommen-
und Gewerbesteuerrecht,
BB 1963, S. 808 ff.
- Düringer-Hachenburg Das Handelsgesetzbuch,
II. Band, 1. Hälfte,
erläutert von Geiler,
II. Band, 2. Hälfte,
erläutert von Flechtheim,
3. Auflage,
Mannheim, Berlin und Leipzig 1932
- Engisch, Karl Einführung in das juristische
Denken,
4. Auflage.
Berlin, Köln, Mainz 1968

- Engisch, Karl
Die Idee der Konkretisierung in
Recht und Rechtswissenschaft
unserer Zeit,
Heidelberg 1953
- Enneccerus-Lehmann
Recht der Schuldverhältnisse,
15. Auflage,
Tübingen 1958
- Erman, Walter
Handkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch (mit Bearbeitern),
4. Auflage,
Münster 1967
Verwaltung der Rechte eines
Kommanditisten durch einen per-
sönlich haftenden Gesellschafter
der Kommanditgesellschaft,
Festschrift für H.C. Nipperdey
zum 70. Geburtstag,
Band I, S. 277 ff.
München und Berlin 1965
Zwangswise Durchsetzung von
Ansprüchen aus einem Stimmbin-
dungsvertrag im Aktienrecht,
Die AG 1959, S. 267 ff., 300 ff.
- Esch, Günter
Die Unterbeteiligung an Handels-
gesellschaftsanteilen,
NJW 1964, S. 902 ff.
Die Unterbeteiligung im Steuer-
recht,
NJW 1964, S. 2044 ff.
Zur steuerlichen Behandlung der
Unterbeteiligung,
BB 1968, S. 1280 ff.
- Esser, Josef
Schuldrecht, Band II,
3. Auflage,
Karlsruhe 1969
- Fiegle, Godehard
Die Gesellschaft,
Stuttgart, München, Hannover 1955
Die steuerliche Prüfung von
Verträgen,
Heidelberg 1958

Fischer, Robert

Die Entziehung der Geschäfts-
führungs- und Vertretungsbefugnis
in der OHG,
NJW 1959, S. 1057 ff.

Die Grenzen bei der Ausübung ge-
sellschaftlicher Mitgliedschafts-
rechte,
NJW 1954, S. 777 ff.

Die unwiderrufliche Stimmrechts-
vollmacht in der GmbH,
GmbHHRdsch 1952, S. 113 ff.

Fragen aus dem Recht der stillen
Gesellschaft,
JR 1962, S. 201 ff.

Zulässigkeit und Wirkung von
Abstimmungsvereinbarungen,
GmbHHRdsch 1953, S. 65 ff.

Flechtheim

siehe Düringer-Hachenburg

Flume, Werner

Allgemeiner Teil des
Bürgerlichen Rechts,
II. Band: Das Rechtsgeschäft,
Berlin, Heidelberg, New York 1965

Gierke, Julius v.

Handels- und Schiffahrtsrecht,
8. Auflage,
Berlin 1958

Godin, Reinhard v.

Die unentgeltliche Aufnahme eines
Innengesellschafters,
JR 1953, S. 171 f.

Einzelfragen aus dem Recht der
Offenen Handelsgesellschaft,
JR 1948, S. 61 ff.

Nutzungsrecht an Unternehmen und
Unternehmensbeteiligungen,
Berlin 1949

Godin-Wilhelmi

Aktiengesetz vom 6.9.1965,
3. Auflage,
Berlin 1967

Greifeld, Helmut Rudolf

Die Unterbeteiligung an der
Offenen Handelsgesellschaft und
der Kommanditgesellschaft,
Diss. Leipzig 1938

- Grimm, Helmut Uneinheitliche Stimmrechtsausübung und vertragliche Stimmrechtsbindung im Aktienrecht, Diss. Köln 1959
- Groß Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, die Vielseitigkeit ihrer Verwendungsmöglichkeiten DB 1950, S. 424
- Großkommentar zum HGB Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, II. Band, 1. Lieferung, erläutert von Fischer, Berlin 1967, II. Band, 2. Halbband, erläutert von Schilling, Berlin 1970
- Hachenburg, Max Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (mit Bearbeitern), 6. Auflage, Berlin 1956/57
- Hämmerle, Hermann Handelsrecht, Zweite Lieferung: Handelsgesellschaften, Graz, Wien, Köln 1959
- Haupt-Reinhardt Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Tübingen 1952
- Haußmann, Fritz Besprechung von: Klausning, Friedrich, JW 1928, S. 2904 f.
- Hecht, Günter Die Unterbeteiligung, Diss. Gießen 1933
- Heckelmann, Dieter Uneinheitliche Abstimmung bei Kapitalgesellschaften, AcP 170, S. 306 ff.
- Heining, Arnold Treuhand an GmbH-Anteilen, GmbHRdsch 1964, S. 26 ff.
- Henckel, Wolfram Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP 159, S. 106 ff.

- Herzfeld, Edgar
Die Unterbeteiligung,
AcP 137, S. 270 ff.
- Hesselmann, Malte
Die Unterbeteiligung an GmbH-Anteilen,
GmbHRRdsch 1964, S. 26 ff.
- Hoeningner, Heinrich
Innengesellschaft und Innensyndikat,
ZHR 84, S. 459 ff.
- Hueck, Alfred
Das Recht der OHG,
3. Auflage,
Berlin 1964
Der gemeinschaftliche Vertreter mehrerer Erben in einer Kommanditgesellschaft,
ZHR 125, S. 1 ff.
Der Treuegedanke im modernen Privatrecht,
Sitzungsberichte der Bayrischen Akademie der Wissenschaften, München 1947
Der Treuegedanke im Recht der OHG, Festschrift für Rudolf Hübner zum 70. Geburtstag, S. 72 ff., Jena 1935
Die stille Beteiligung an Handelsgesellschaften, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 60. Geburtstag, S. 239 ff., Berlin 1937
Die Übertragung von Geschäftsanteilen,
ZHR 83, S. 1 ff.
Schenkung von Beteiligungen an Handelsgesellschaften und Widerruf wegen groben Undanks,
DB 1966, S. 1043 ff.
Stimmbindungsverträge bei Personhandelsgesellschaften, Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, I. Band S. 401 ff. München und Berlin 1965
- Janberg, Hans
Die Unterbeteiligung im Gesellschaftsrecht,
DB 1953, S. 77 ff.

- Kastner, Walther Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft im österreichischen Wirtschaftsleben, Gedenkschrift für Franz Gschnitzer S. 211 ff., Aalen (Österreich) 1969
Die Unterbeteiligung, JBl 1965, S. 72 ff.
- Kaufmann, Arthur Analogie und "Natur der Sache" Karlsruhe 1965
- Kipp-Coing Erbrecht 11. Auflage, Tübingen 1960
- Klausning, Friedrich Uneinheitliche Ausübung mehrerer Stimmen durch Einzelpersonen und Personenverbände, Berlin 1928
- Klauss, H.K. Der Gesellschaftsvertrag in seiner zweckmäßigsten Form, 6. Auflage, Ludwigshafen 1965
- Koenigs, Folkmar Die stille Gesellschaft, Berlin 1961
- Koller, Arnold Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Freiburg (Schweiz) 1967
- Krah, Roloff Die Unterbeteiligung an einem Mitunternehmeranteil im Steuerrecht, NJW 1965, S. 897 ff.
- Kühnle, Horst Stille Gesellschaft und partiarisches Darlehen, Diss. Köln 1967
- Kuhn, Georg Die Rechtsprechung des BGH zur offenen Handelsgesellschaft, WM 1955, S. 202 ff.
- Landwehr, Götz Kaufmannseigenschaft der Handelsgesellschafter, JZ 1967, S. 198 ff.
- Lange, Heinrich BGB Allgemeiner Teil, 13. Auflage, München 1970
Erbrecht, München 1962

- Lange, Joachim Die Unterbeteiligung in der einheitlichen Gewinnfeststellung, BB 1969, S. 216 ff.
Personengesellschaften im Steuerrecht, Herne, Berlin 1970
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967
Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, NJW 1963, S. 737 ff.
Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München 1968,
II. Band, Besonderer Teil, 8. Auflage, München 1967
Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1969
- Lehmann, Heinrich Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Berlin, Frankfurt 1959
- Lieb, Manfred Zur Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter von KG und OHG, DB 1967, S. 759 ff.
- Lukes, Rudolf Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JuS 1961, S. 301 ff.
- Maunz-Dürig Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 1963, 9. Lieferung 1968
- Merkel, Kurt Zur Problematik der Unterbeteiligung an einer OHG-Beteiligung, NJW 1966, S. 1552 ff.
- Model-Haegelé Testament und Güterstand des Unternehmers, 5. Auflage, Köln-Marienburg 1966

- Müller-Erbach, Rudolf Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948
- Ott, Claus Typenzwang und Typenfreiheit im Recht der Personengesellschaft, Diss. Tübingen 1966
- Otto, Heinz G.C. Moderne Erscheinungsformen der stillen Beteiligung, BB 1948, S. 211 ff.
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch (mit Bearbeitern), 29. Auflage, München 1970
- Paulick, Heinz Der Einfluß des Steuerrechts auf die Wahl der Gesellschaftsform, JuS 1967, S. 481 ff.
Handbuch der stillen Gesellschaft, Köln 1959
- Peter, Karl Neuzeitliche Gesellschaftsverträge und Unternehmensformen, Herne, Berlin 1970
- Peters, Egbert Die Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen, AcP 156, S. 311 ff.
- Pikard, Heinz Die Rechtsstellung des Treuhänders in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, WM 1956, S. 654 ff.
- Pleyer, Klemens Besprechung von: Koller, Arnold, ZfG 1968, S. 112 ff.
- Pöllinger, Michael Die Unterbeteiligung, Diss. Erlangen 1932
- Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, herausgegeben von J. Lutz, I. und III Teil, Würzburg 1858

- Raisch, Peter
Besprechung der Festschrift für Philipp Möhring zum 65. Geburtstag, München, Berlin 1965, ZHR 130, S. 194 ff.
Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinneswandel des Handelsrechts, Karlsruhe 1965
- Raiser, Ludwig
Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935
- Rasner, Henning
Die atypische stille Gesellschaft, Bielefeld 1961
- Reinhardt-Erlinghagen
Die rechtsgeschäftliche Treuhand - ein Problem der Rechtsfortbildung, JuS 1962, S. 41 ff.
- Reis, Ernst
Die Unterbeteiligung unter besonderer Berücksichtigung des Unterkonsortialvertrags, Diss. Frankfurt a.M. 1920
- RGRK - BGB
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, II. Band, 2. Teil, 11. Auflage, Berlin 1960
- RGRK - HGB
Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Reichsgerichtsräten, II. Band bearbeitet von Weipert, 2. Auflage, Berlin 1950
- Ritter, Carl
Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, München, Berlin 1932
- Römer, Peter
Nachfolge- und Bestandssicherung der Personalgesellschaften des Handelsrechts im Erbfall, Berlin 1963
- Rokas, Nikolaos
Die Teilhaberschaft an der OHG und ihre Vererbung, Berlin 1965

- Rüthers, Bernd Die privatautonome Gestaltung der Vererbung eines Anteils an einer offenen Handelsgesellschaft durch eine beschränkte Nachfolgeklausel, AcP 168, S. 263 ff.
- Ruth, Rudolf Besprechung von: Klausning, Friedrich, AcP 131, S. 236 ff.
- Schack - Michel Die verfassungskonforme Auslegung, JuS 1961, S. 269 ff., 274 ff.
- Schilling, Wolfgang Wandlungen des modernen Gesellschaftsrechts, JZ 1953, S. 489 ff.
- v. Schilling Das Nießbrauchsrecht an einer Beteiligung, DB 1954, S. 561 ff.
- Schlegelberger Handelsgesetzbuch, II. Band, erläutert von Geßler, 4. Auflage, Berlin, Frankfurt 1963
- Schlegelberger-Quassowski Kommentar zum Aktiengesetz von 1937, 3. Auflage, Berlin 1939
- Schneider-Martin Familienunternehmen und Unternehmertestament, 4. Auflage, Heidelberg 1963
- Schneider, Herbert Über die Unterbeteiligung an Anteilen einer Personengesellschaft als stille Gesellschaft, Festschrift für Philipp Möhring zum 65. Geburtstag, S. 115 ff., München, Berlin 1965
- Unterbeteiligung im Gesellschaftsrecht, DB 1954, S. 739
- Schönke-Schröder Strafbuch, Kommentar, 15. Auflage, München 1970
- Scholz, Franz Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 5. Auflage, Köln 1964
- Die Rechtssicherheit, Berlin 1955

- Schuler Die Pfändung von GmbH-Anteilen
und die miterfaßten Ersatzansprüche,
NJW 1960, S. 1425 ff.
- Serick, Rolf Eigentumsvorbehalt und Sicherungs-
übertragung,
II. Band, 1. Teil,
Heidelberg 1965
- Siebert, Wolfgang Das rechtsgeschäftliche Treuhand-
verhältnis, ein dogmatischer und
rechtsvergleichender Beitrag zum
allgemeinen Treuhandproblem,
Marburg 1933
Die Rechtsnachfolge beim Tod eines
Gesellschafters einer OHG,
BB 1956, S. 835 ff.
Zur atypischen stillen Gesellschaft,
NJW 1953, S. 806 ff.
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebenge-
setzen (mit Bearbeitern),
I. Band: Stand Frühjahr 1967,
II. Band: Stand Frühjahr 1967,
III. Band: Stand Frühjahr 1969,
10. Auflage,
Berlin, Köln, Mainz
- Staub, Hermann Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
II. Band, bearbeitet von Pinner,
14. Auflage,
Berlin, Leipzig 1933
- Staudinger, Julius Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch mit Einführungsgesetz und
Nebengesetzen,
II. Band, 3. Teil, erläutert von
Geiler,
10. Auflage,
Berlin 1941
II. Band, 4. Teil, erläutert von
Geiler und Keßler,
11. Auflage,
Berlin 1958
- Steckhahn, Werner Die Innengesellschaft,
Berlin 1966
- Stehle-Stehle Die Gesellschaften,
2. Auflage,
Stuttgart, München, Hannover 1967

Steinrücke-Scholze	Das Konsortialgeschäft der Deutschen Banken, Berlin 1956
Sudhoff, Heinrich	Beteiligung der Kinder am väterlichen Unternehmen, DB 1965, S. 1545 ff. Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, 3. Auflage, München, Berlin 1967 Gewinnanteil und Auseinandersetzungsanspruch des stillen Gesellschafters, NJW 1960, S. 2121 ff. Der Nießbrauch am Anteil einer Personengesellschaft, NJW 1971, S. 481 ff. Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsanspruch, DB 1961, S. 1573 ff.
Thoma, Gerhard	Die Unterbeteiligung und ihre steuerliche Beurteilung, StbJb 1954/1955, S. 215 ff.
Thomas, Jürgen	Die rechtsgeschäftliche Begründung von Treuhandverhältnissen, NJW 1968, S. 1705 ff.
Tiefenbacher, Erhard	Die Personalgesellschaft und das eheliche Güterrecht, BB 1958, S. 565 ff.
Treek, Joachim	Das Ausscheiden aus der Doppelgesellschaft, Berlin 1968
Trost-Schütz	Bankgeschäftliches Formularbuch, 17. Auflage, Berlin 1966
Vogel, Hermann	Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Auflage, Berlin, Frankfurt 1956
Vogel, Wolfgang	Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, Köln 1968
Weipert	siehe RGRK - HGB

- Weiß, Karl-Heinz Die Unterbeteiligung als Innen-
gesellschaft mit Gesamthands-
vermögen,
Diss. Göttingen 1956
- Wendelstein, H. Die Unterbeteiligung als zweck-
mäßige Erbfolgeregelung,
BB 1970, S. 735 ff.
- Westermann, Harm Peter Das Emissionskonsortium als
Beispiel der gesellschafts-
rechtlichen Typendehnung,
Die AG 1967, S. 285 ff.
- Westermann, Harry Wesen und Grenzen der richter-
lichen Streitentscheidung im
Zivilrecht,
Münster 1955
- Westermann, Scherpf,
Paulick, Bulla, Hackbeil Handbuch der Personengesell-
schaften,
I. Teil: Gesellschaftsrecht,
bearbeitet von Westermann,
III. Teil: Steuerrecht,
bearbeitet von Paulick,
Köln-Marienburg 1967
- Wiedemann, Herbert Die Übertragung und Vererbung
von Mitgliedschaftsrechten
bei Handelsgesellschaften,
München, Berlin 1965
- Winter, Heinz Die Zulässigkeit der uneinheit-
lichen Stimmabgabe durch den
Gesellschafter einer GmbH,
GmbHRRdsch 1965, S. 23 ff.
- Wolany, Josef Rechte und Pflichten des Gesell-
schafters einer GmbH,
Köln 1964
- Wolf, Alfred Grenzen der Dispositionsbefugnis
im Recht der Personalgesellschaften,
Diss. Heidelberg 1963
- Wolff, Hans Julius Typen im Recht und in der Rechts-
wissenschaft,
Studium Generale 1952, S. 195 ff.

- Würdinger, Hans
Gesellschaften,
I. Teil: Recht der Personal-
gesellschaften,
Hamburg 1937
II. Teil: Recht der Kapitalge-
sellschaften,
Hamburg 1953
Aktienrecht,
Karlsruhe 1955
- Wurm, Wagner, Zartmann
Das Rechtsformularbuch,
7. Auflage,
Straubing 1964
- Ziegler, Rolf
Die Unterbeteiligung - ihr Wesen
und ihre Bedeutung im Steuerrecht
unter Berücksichtigung der wirt-
schaftlichen Grundlagen,
Diss. Mannheim 1959
- Zluhan, Walter
Abstimmungsvereinbarungen des
privaten Gesellschaftsrechts,
AcP 128, S. 62 ff., 257 ff.
- Zöllner, Wolfgang
Besprechung von: Rasner, Henning,
ZHR 126, S. 161 ff.
Die Formbedürftigkeit von Schieds-
klauseln in OHG-Verträgen,
DB 1964, S. 795 ff.
Die Schranken mitgliedschaft-
licher Stimmrechtsmacht bei den
privaten Personenverbänden,
München, Berlin 1963

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
Die AG	Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BankA	Bankarchiv
BB	Der Betriebsberater
BFH	Bundesfinanzhof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bolze	Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, bearbeitet von Bolze
BStBl	Bundessteuerblatt (Teil I - III)
DB	Der Betrieb
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
FG	Finanzgericht
FR	Finanz-Rundschau
GmbHRdsch	GmbH-Rundschau
HoldhMschr	Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, begründet von Holdheim
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
JBl	Juristische Blätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLGRspr	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (bis 1928)

OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (seit 1965)
RFH	Reichsfinanzhof
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
RStBl	Reichssteuerblatt
StuW	Steuer und Wirtschaft
Warn	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichs- gerichts
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Teil IV B
ZfgG	Zeitschrift für das gesamte Genossen- schaftswesen
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- recht und Konkursrecht

Einleitung

Der Inhaber eines Gesellschaftsanteils ist nicht selten bestrebt, einem Dritten einzelne Rechte seines Anteils zukommen zu lassen, ohne den Anteil selbst übertragen oder teilen oder die Gesellschaft kündigen zu müssen. Er kann sich dabei unterschiedlicher Rechtsinstitutionen bedienen, deren Wahl davon abhängt, in welchem Umfang dem Dritten die Mitgliedschaftsrechte zugeordnet werden sollen. Sollen dem Dritten die Mitgliedschaftsrechte intern möglichst weitgehend zugeordnet werden, soll er wirtschaftlich gesehen der eigentlich Berechtigte des Anteils werden, so bietet sich die Form der Treuhand an. Der Gesellschafter kann aber auch daran interessiert sein, dem Dritten den Anteil intern nur teilweise wirtschaftlich zuzuordnen und mit dem anderen Teil selbst nicht nur nach außen hin, sondern auch wirtschaftlich Berechtigter zu bleiben. In einem solchen Fall der teilweisen Beteiligung am Gesellschaftsanteil eines anderen spricht man von einer Unterbeteiligung. Die Unterbeteiligung ist also wie die Treuhand eine Form der mittelbaren Beteiligung eines Dritten an einer Gesellschaft, jedoch im Unterschied zur Treuhand nur eine partielle mittelbare Beteiligung. Der Gesellschafter, der einem Dritten eine Unterbeteiligung einräumt, ist also gewissermaßen partiell Treuhänder.

Da der Gesellschaftsanteil dem Gesellschafter und dem Dritten intern gemeinsam zugeordnet werden soll, jedoch nur einheitlich verwaltet und genutzt werden kann, müssen sich beide zu diesem Zweck zu einer Gesellschaft zusammenschließen. Diese kann je nach dem Umfang der Rechte, die dem Dritten intern eingeräumt werden sollen, vertraglich unterschiedlich ausgestaltet werden. Es müssen dabei allerdings stets die rechtlichen Gegebenheiten des Gesellschaftsanteils berücksichtigt werden, an dem die Unterbeteiligung eingeräumt werden soll. Der Gesellschaftsvertrag, der das Rechtsverhältnis des Gesellschaftsanteils bestimmt, - hier Hauptgesellschaftsvertrag

genannt, - hat, wie näher darzulegen sein wird, einen maßgeblichen Einfluß auf die Unterbeteiligung. Die Unterbeteiligung wird deshalb dadurch besonders geprägt, daß zwei Gesellschaftsverhältnisse ineinandergreifen. Dieser Umstand wird vielfach übersehen oder nicht ausreichend gewürdigt.

Infolge dieses Einflusses sind die Unterbeteiligungen je nach der Art des Gesellschaftsanteils, an dem sie bestehen, zu unterscheiden. Die vorliegende Arbeit soll auf die Unterbeteiligungen an Handelsgesellschaftsanteilen beschränkt werden, die praktisch am bedeutsamsten sind und die untereinander, wie darzulegen sein wird, zahlreiche strukturelle Übereinstimmungen aufweisen.

Diese Problemstellung bestimmt den Gang der Untersuchung. Im ersten Teil sollen die allgemeinen rechtlichen und wirtschaftlichen Grundlagen der Unterbeteiligung dargelegt werden. Da die Unterbeteiligung gesetzlich nicht geregelt ist, soll zunächst ihr Standort im Gesellschaftsrecht bestimmt werden. Hierzu ist zu untersuchen, welche Bedeutung das Rechtsverhältnis des Gesellschaftsanteils für die Unterbeteiligung hat. Dabei soll der Frage nachgegangen werden, welche Bedeutung es für den Gesellschaftstyp der Unterbeteiligung hat, daß sie an dem Anteil einer Handelsgesellschaft besteht, und insbesondere geprüft werden, welche Übereinstimmungen zwischen der Unterbeteiligung als interner gesellschaftlicher Beteiligung an einem Handelsgesellschaftsanteil und der stillen Gesellschaft als interner gesellschaftlicher Beteiligung an einem Handelsgewerbe bestehen. Hierauf soll untersucht werden, wie das Rechtsverhältnis des Gesellschaftsanteils auf Einzelregelungen des Unterbeteiligungsvertrags einwirkt. Es soll geklärt werden, in welchem Verhältnis der Hauptgesellschaftsvertrag und der Unterbeteiligungsvertrag zueinander stehen und ob, gegebenenfalls inwieweit, der Hauptgesellschaftsvertrag den Unterbeteiligungsvertrag ergänzt und begrenzt.

Sodann soll die Unterbeteiligung von anderen Beteiligungsformen abgegrenzt und ihre wirtschaftliche Bedeutung dargelegt werden.

Im zweiten Teil sollen dann die Rechtsverhältnisse der Unterbeteiligung im einzelnen dargelegt werden. Es soll geprüft werden, welche gesetzlichen Vorschriften auf die Unterbeteiligung anwendbar sind und welche vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten bestehen. Dabei soll untersucht werden, ob und in welcher Weise die Regelungen der Hauptgesellschaft für die Unterbeteiligung berücksichtigt werden müssen, welche Grenzen einer Regelung des Unterbeteiligungsvertrags hierdurch gesetzt sind, und wie möglicherweise auftauchende Konflikte und Zweifelsfragen gelöst werden können.

Erster Teil

Allgemeine rechtliche und wirtschaftliche Grundlagen der Unterbeteiligung

A. Begriff und Arten der Unterbeteiligung

I. Begriff der Unterbeteiligung

Eine Unterbeteiligung ist nach dem Wortsinn eine Beteiligung an einer Beteiligung. Sie setzt daher voraus, daß jemand an einem Rechtsgeschäft beteiligt ist und daran wiederum einen anderen unterbeteiligt. Nach überwiegendem Sprachgebrauch¹ versteht man jedoch unter einer Unterbeteiligung enger nur die gesellschaftliche Beteiligung² an einem Gesellschaftsanteil. Ein Gesellschafter beteiligt einen Dritten im Innenverhältnis an den Rechten und Pflichten seines Gesellschaftsanteils, vor allem am Gewinn und eventuell am Verlust.

Die Gesellschaft, der der Inhaber des Gesellschaftsanteils angehört, wird Hauptgesellschaft, deren Gesellschafter werden Hauptgesellschafter genannt mit Ausnahme desjenigen, der die Unterbeteiligung einräumt; diesen bezeichnet man zweckmäßig als Hauptbeteiligten³ mit Rücksicht auf seine besondere Stellung als Mitglied der Hauptgesellschaft und der Unterbeteiligung.

Das Gesetz hat die Unterbeteiligung als besondere Gesellschaftsform nicht geregelt⁴. Es müssen daher die allgemeinen Formen verwandt und zweckentsprechend angepaßt werden⁵. Als Ausgangs-

-
- 1) BGH WM 1966, S. 188, 191; BGH WM 1967, S. 685; BGHZ 50, S. 316, 319; Esch NJW 1964, S. 902; Janberg DB 1953, S. 77; Rühlers AcP 168, S. 263, 281; Wiedemann, S. 312; im übrigen wird im wesentlichen darauf hingewiesen, daß der Begriff an sich weiter gefaßt ist, z.B. Schneider, Möhring-Festschrift, S. 115, 117; Herzfeld AcP 137, S. 270, 272; Staudinger-Geiler Anhang zu §§ 705 ff. Anm. 74.
 - 2) Westermann, Handbuch, Bem. I 939, spricht deshalb klarstellend von der Unterbeteiligungsgesellschaft.
 - 3) Herzfeld AcP 137, S. 270, 271.
 - 4) Eine Zusammenstellung der ausländischen und früheren deutschen gesetzlichen Regelungen findet sich bei Herzfeld, AcP 137, S. 287 ff.; diese beschränken sich überwiegend auf die Feststellung, daß der Unterbeteiligte keine Rechte gegenüber der Hauptgesellschaft hat, vgl. z.B. Art. 98 II ADHGB.
 - 5) Westermann, Handbuch, Bem. I 939.

form bietet sich daher die BGB-Gesellschaft an.

Eine Unterbeteiligung liegt danach vor, wenn die Rechtsstellung eines Gesellschafters mit dem Erfolg in eine zwischen dem Hauptbeteiligten und dem Unterbeteiligten gebildete Gesellschaft eingebracht ist, daß der Hauptbeteiligte allein Gesellschafter der Hauptgesellschaft mit Wirkung gegenüber den Hauptgesellschaftern und Dritten bleibt, im Verhältnis zum Unterbeteiligten aber verpflichtet ist, die Gesellschafterstellung als Gesellschaftsvermögen der Unterbeteiligung zu behandeln¹.

II. Unterbeteiligung an verschiedenartigen Hauptgesellschaftsanteilen

1. Arten der Hauptgesellschaft

Die Unterbeteiligung ist begrifflich bei den verschiedensten Gesellschaftsformen möglich. Je nach Art der Hauptgesellschaft ist sie jedoch rechtlich verschieden ausgestaltet. Es ist deshalb sinnvoll, sie nach der Art der Hauptgesellschaft zu unterscheiden. Die Hauptgesellschaften lassen sich dabei grob in zwei Gruppen einteilen, nämlich in Gelegenheitsgesellschaften und auf Dauer gerichtete Gesellschaften².

Gelegenheitsgesellschaften werden im Wirtschaftsleben Konsortien³ genannt. Man nennt daher die Unterbeteiligungen an Konsortien Unterkonsortialbeteiligungen⁴. Sie haben besonders bei

-
- 1) Def. von Westermann, Handbuch, Bem. I 940; ähnlich z.B. Staudinger-Geiler, Anhang zu §§ 705 ff. Anm. 74; Esch NJW 1964, S. 902.
 - 2) Herzfeld AcP 137, S. 282, behandelt auch den Sonderfall der Retrozession.
 - 3) Zum Gesellschaftstyp des Emissionskonsortiums vgl. H.P. Westermann, Die AG 1967, S. 285 ff.
 - 4) Vgl. BGH LM Nr. 14 zu § 705 BGB; Lehmann, Gesellschaftsrecht, § 64 I, S. 339; Herzfeld AcP 137, S. 278; Steinrücke-Scholze, Das Konsortialgeschäft der deutschen Banken, S. 31, 53; Trost-Schütz, Bankgeschäftliches Formularbuch, S. 270; Reis, Die Unterbeteiligung unter besonderer Berücksichtigung des Unterkonsortialvertrages. Diss. Frankfurt 1920, S. 19 f.

Emissions-, Finanzierungs- und Verwertungskonsortien praktische Bedeutung. So schließen sich etwa bei größeren Emissionen neuer Aktien häufig einzelne Großbanken zu einem Konsortium zusammen. Diese räumen dann ihrerseits kleinen und mittleren Banken zwecks Kapitalbeschaffung, Risikoverteilung oder aus Gefälligkeit Unterbeteiligungen ein, die in einem bestimmten Verhältnis zur Gesamtbeteiligung stehen. Die Form der Unterkonsortialbeteiligung wird hier gewählt, weil die Hauptkonsorten den Unterbeteiligten keine selbständige Stellung und Entscheidungsbefugnis im Hauptkonsortium einräumen wollen.

Für die Unterbeteiligung an Dauergesellschaften sind besonders die an Handelsgesellschaften praktisch bedeutsam. Die Form der Unterbeteiligung wird vor allem dort gewählt, wo die Teilung des Hauptgesellschaftsanteils nicht möglich oder unzweckmäßig ist. Es finden sich daher zahlreiche Beispiele für Unterbeteiligungen an Personenhandelsgesellschaften, so für die Unterbeteiligung an einem OHG-Anteil¹ und an dem Anteil des Komplementärs² oder des Kommanditisten³ einer KG. Bei den Kapitalgesellschaften bestehen Unterbeteiligungen wohl nur an GmbH-Anteilen⁴. Das erklärt sich aus dem häufig hohen Nennwert der Geschäftsanteile bei gleichzeitiger Unmöglichkeit oder Schwierigkeit der Teilung, vgl. § 17 GmbHG.

Unterbeteiligungen an einzelnen Aktien dürften kaum vorkommen. Dafür besteht wegen des geringen Mindestnennbetrages gemäß

-
- 1) Vgl. die von der Rspr. behandelten Verträge: ROHG 23, 120; OLG Braunschweig LZ 1908, Sp. 553; BGH WM 1959, S. 595; BGH WM 1966, S. 188; BGHZ 50, S. 316; RFH StW II 1930 Nr. 356; 1931 Nr. 25; RFH RStB1 1935, S. 332; BFH BB 1952, S. 877; FG Nürnberg EFG 1959, S. 245; FG Düsseldorf EFG 1962, S. 403; BFH BStB1 1963 III, S. 21; 1964 III, S. 260; BFH BStB1 1968 II, S. 669.
 - 2) BGH WM 1967, S. 685; RFH RStB1 1933, S. 1014; FG Düsseldorf DStZ (B) 1956, S. 182; BFH BB 1964, S. 1285; BFH BStB1 1966 III, S. 423.
 - 3) RFH RStB1 1936, S. 554; FG Düsseldorf EFG 1961, S. 306; BFH BStB1 1960 III, S. 229; 1962, S. 331.
 - 4) RG JW 1906, S. 401; LZ 1907, Sp. 224; 1915, Sp. 1011; OLG Königsberg GmbHRdsch 1918, S. 18; OLG Frankfurt LZ 1929, Sp. 793; vgl. auch RG Warn. 1931, Nr. 51; RFH 10, S. 237.

§ 8 AktG kein Bedürfnis¹. Dagegen sind Unterbeteiligungen an Aktienpaketen denkbar, da hier der Großaktionär ein Interesse daran haben kann, eine qualifizierte Beteiligung zu behalten² und deshalb nicht einen Teil seiner Aktien an den Unterbeteiligten übertragen will.

In diesem Zusammenhang kann auch noch auf die Möglichkeit der Unterbeteiligung an dem Anteil eines stillen Gesellschafters³ und die mehrstufige Unterbeteiligung⁴, d.h. die Unterbeteiligung an einer Unterbeteiligung, hingewiesen werden.

2. Einfluß der Struktur der Hauptgesellschaft auf die der Unterbeteiligung

Die vorliegende Untersuchung soll auf die Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen beschränkt werden. Diese Beschränkung ist nicht willkürlich. Denn die Unterbeteiligung ist je nach Art der Hauptgesellschaft rechtlich unterschiedlich zu beurteilen. Da die Unterbeteiligung eine Beteiligung an einem Gesellschaftsanteil ist, besteht das Geschäftsvermögen eben in einer Beteiligung an der Hauptgesellschaft. Der Unterbeteiligte ist also über den Hauptgesellschaftsanteil, gewissermaßen mittelbar⁵, an der Hauptgesellschaft beteiligt. Die Rechtslage der Hauptgesellschaft bestimmt darum weitgehend das Unterbeteiligungsverhältnis⁶. Die für die Unterbeteiligung charakteristische Problemstellung ist zwar gleich: Wie und in welchem Umfang wirkt die Hauptgesellschaft auf die Unterbeteiligung ein? Eben deshalb sind aber auch die Ergebnisse je nach Art der Hauptgesellschaft unterschiedlich.

1) Herzfeld S. 280.

2) Vgl. z.B. §§ 122, 133, 179, 182, 202 AktG.

3) RG Bolze 8 Nr. 540; 23 Nr. 568; BFH BStBl 1959 III, S. 249.

4) S. u. S. 13.

5) BGHZ 50, S. 316, 323.

6) Westermann, Handbuch, Bem. I 942; dieses für die Unterbeteiligung zentrale "Einwirkungsproblem" wird in der Literatur kaum behandelt; außer Westermann vgl. Herzfeld AcP 137, S. 270 ff.

Ist etwa die Hauptgesellschaft ein Emissionskonsortium, so ist die Unterkonsortialbeteiligung ebenso wie die Hauptgesellschaft eine Gelegenheitsgesellschaft und vielfach für die Dauer des Konsortiums geschlossen, so daß die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist. Der Unterbeteiligte haftet im Innenverhältnis ebenso wie der Hauptbeteiligte bei Nichtbegebbbarkeit der Aktien nur durch die Abnahme dieser Aktien in Höhe seiner Rate. Wegen des kapitalistischen Charakters des Konsortiums und ihm folgend der Unterkonsortialbeteiligung löst der Tod des Hauptkonsorten entgegen § 727 BGB weder das Hauptkonsortium noch die Unterkonsortialbeteiligung auf¹.

Ähnlich zeigt sich die Abhängigkeit der Struktur der Unterbeteiligung, etwa hinsichtlich der Dauer, auch bei der Unterbeteiligung an einem OHG-, KG- oder GmbH-Anteil². Die Gruppe der Handelsgesellschaften als Hauptgesellschaften soll wegen zahlreicher struktureller Gemeinsamkeiten einheitlich geprüft werden. Dabei ist insbesondere von Bedeutung, daß das HGB die Form der stillen Beteiligung an einem Handelsgewerbe, also auch an einer Handelsgesellschaft, in den §§ 335 ff. geregelt hat. Denn wegen der strukturellen Abhängigkeit des Handelsgesellschaftsanteils von der Hauptgesellschaft liegt die Annahme nahe, daß Parallelen zwischen der Unterbeteiligung an einem Handelsgesellschaftsanteil und der stillen Beteiligung an der Hauptgesellschaft bestehen. Es taucht daher die Frage auf, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die §§ 335 ff. HGB für die Unterbeteiligung an einem Handelsgesellschaftsanteil übernommen werden können.

Unabhängig davon stellt sich ein für die Unterbeteiligung typisches Problem, nämlich wie der - tatsächlich bestehende oder scheinbare - Konflikt in der Person des Hauptbeteiligten zu lösen ist, der beiden Gesellschaften sich u.U. widersprechen-

1) Düringer-Hachenburg-Geiler II, 1 Einl. Anm. 364; Herzfeld AcP 137, S. 317; Steinrücke-Scholze S. 54.

2) Ausführlich unten S. 30 ff.

de Pflichten zu erfüllen hat, bei der Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen in weitaus stärkerem Maße als bei der Unterkonsortialbeteiligung.

Wohl wegen ihrer erheblichen praktischen Bedeutung ist die hier zu behandelnde Form mehr in den Vordergrund der Diskussion getreten¹.

III. Gesellschafter der Unterbeteiligung

Gesellschafter einer Unterbeteiligung kann im Grundsatz jede Person oder Personenmehrheit sein.

1. Hauptbeteiligter

Hauptbeteiligter kann freilich zwangsläufig nur sein, wer Gesellschafter der Hauptgesellschaft sein kann. Für die Personenhandelsgesellschaften gelten deshalb gewisse Einschränkungen. Deren Gesellschafter können nach h.M. nicht die BGB-Gesellschaft, die Güter- und die Erbengemeinschaft sein². Dagegen können nach der Rechtsprechung und nahezu einhelliger Literaturmeinung die GmbH und die AG Gesellschafter einer OHG oder KG sein³. Auch die Zulässigkeit der Beteiligung einer OHG oder KG an einer Personenhandelsgesellschaft erscheint trotz Fehlens neuerer Rechtsprechung angesichts der liberalen Haltung der

-
- 1) Vgl. z.B. Esch NJW 1964, S. 902 ff.; Schneider, Möhring-Festschrift, S. 115 ff.; Hesselmann GmbHRRdsch 1964, S. 26 ff.; Wiedemann S. 312 f.; Kastner JBl 1965, S. 72 ff.; ders. in Gschnitzer-Gedenkschrift S. 228 f.; Merkel NJW 1966, S. 1552; Böttcher-Zartmann S. 72 ff.; ausführlich Westermann, Handbuch, Bem. I 939 ff.; Rütters AcP 168, S. 263 ff.; Wendelstein BB 1970, S. 735 ff.
 - 2) Hueck, OHG, S. 18; Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 27; Westermann, Handbuch, Bem. I 119 ff.
 - 3) Grundlegend RGZ 105, S. 101 ff. m.w.N.; Fischer in Großkomm. zum HGB § 105 Anm. 26 m.w.N.; Hachenburg-Schilling § 13 Anm. 7; Hueck, OHG S. 16; Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 25; a.A. Haupt-Reinhardt S. 44, 80.

Rechtsprechung zur GmbH & Co KG kaum zweifelhaft¹. Die BGB-Gesellschaft kann mangels Parteifähigkeit nach überwiegender Ansicht auch nicht Gesellschafterin einer GmbH sein².

2. Unterbeteiligter

Auf Seiten des Unterbeteiligten kann jede Person stehen, die Mitglied einer BGB-Gesellschaft sein kann, also auch die von den Personenhandelsgesellschaften ausgeschlossenen Gemeinschaften³.

So können sich mehrere Personen zu einer BGB-Gesellschaft zusammenschließen und sich als solche an dem Gesellschaftsanteil eines Hauptgesellschafters beteiligen⁴. Eine solche Regelung kann besonders bei einer Vielzahl von Beteiligten der einfacheren Geschäftsabwicklung wegen zweckmäßig sein. Im Rahmen der §§ 710, 714 BGB kann ein Unterbeteiligter mit der Geschäftsführung und der Vertretung, z.B. der Entgegennahme des Gewinns, gegenüber dem Hauptbeteiligten beauftragt werden. Die Rechtsbeziehungen der in der BGB-Gesellschaft zusammengeschlossenen Personen berühren das Verhältnis zum Hauptbeteiligten im allgemeinen nicht, denn die unterbeteiligte Gesellschaft kann dem Hauptbeteiligten gegenüber nur einheitlich auftreten⁵.

Ist jedoch der Hauptgesellschafter nur vorgeschoben, um den Anteil für die BGB-Gesellschaft zu verwalten, ist also wirtschaftlich gesehen die BGB-Gesellschaft allein beteiligt, so

-
- 1) Fischer in Großkomm. zum HGB a.a.O., m.w.N.; Hueck OHG S.17 m.w.N.; Westermann, Handbuch, Bem. I 118; Boesebeck, Die kapitalistische KG, S. 78; OLG Stuttgart DR 1944, S. 575; a.A. Baumbach-Duden § 105 Anm. 1 C; Haupt-Reinhardt S. 44; Ritter § 105 Anm. 2 b.
 - 2) Scholz GmbHG § 2 Anm. 7; ders. in GmbHRdsch 1956, S. 17 ff.; Baumbach-Hueck GmbHG § 2 Anm. 2 D; Vogel GmbHG § 5 Anm. 2; a.A. Hachenburg-Schilling GmbHG § 2 Anm. 27; m.w.N.
 - 3) Vgl. bei der entsprechenden Frage für die stille Gesellschaft Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 4; Schilling in Großkomm. HGB § 335 Anm. 31; Koenigs S. 14.
 - 4) Vgl. OLG Braunschweig LZ 1908, Sp. 553; Bopp S. 20; Greifeld S. 28; Pöllinger S. 23.
 - 5) Bopp S. 20.

ist sie nicht Unterbeteiligte, sondern Treugeberin einer Verwaltungstreuhand¹.

3. Mehrheit von Beteiligungen

Der Hauptbeteiligte kann an seinem Anteil nicht nur einen Unterbeteiligten beteiligen, sondern er kann zugleich mehrere Unterbeteiligungen abgeben. Das ist in der Praxis häufig der Fall, wenn ein Vater jedem seiner Kinder eine Unterbeteiligung einräumt.

Dann entstehen grundsätzlich so viele einzelne rechtlich selbständige Unterbeteiligungsverhältnisse, wie Unterbeteiligungen eingeräumt sind², da die Verpflichtung des Hauptbeteiligten beliebig zerlegbar ist³.

Mehrere Unterbeteiligte eines Hauptbeteiligten können sich dann zu einer BGB-Gesellschaft zur Koordinierung der Interessenwahrnehmung gegenüber dem Hauptbeteiligten zusammenschließen, ohne daß sich an den einzelnen Unterbeteiligungen dem Hauptbeteiligten gegenüber etwas ändert⁴.

Auch wenn ein Unterbeteiligter mit mehreren Hauptbeteiligten einen Unterbeteiligungsvertrag abschließt, ist davon auszugehen, daß ebensoviele Gesellschaftsverhältnisse wie Hauptbeteiligte vorhanden sind⁵.

Mehrere Hauptbeteiligte können auch ihre Gesellschafterstellung in eine BGB-Gesellschaft einbringen und daran einen Dritten unterbeteiligen. Sie können sich schließlich mit einem Unterbeteiligten zu einer BGB-Gesellschaft zusammenschließen und ihre Gesellschafterstellung in diese Gesellschaft einbringen mit dem Erfolg, daß die Vermögensbezüge der Unterbeteiligung als gesamthänderisches Vermögen zustehen⁶. Dann verliert die Ge-

1) S. u. S. 54 ff.

2) Staudinger-Geiler Anh. zu §§ 705 ff. Anm. 76; Bopp S. 20; Pöllinger S. 23; ebenso Greifeld S. 28.

3) Westermann, Handbuch, Bem. I 941.

4) Pöllinger S. 23; ebenso Greifeld S. 28; für die stille Gesellschaft Paulick S. 49 f.

5) Ein Grenzfall liegt vor, wenn alle Gesellschafter jeweils mit Kenntnis der anderen demselben Dritten eine Unterbeteiligung abgeben, vgl. Herzfeld AcP 137, S. 286.

6) Zu dieser Möglichkeit sehr ausführlich Weiß, Die Unterbeteiligung als Innengesellschaft mit Gesamthandsvermögen.

sellschaft allerdings insoweit den Charakter einer Innengesellschaft¹, die Gewinnansprüche etwa können im Namen der Gesellschaft geltend gemacht werden. Daraus folgt aber nicht, daß die Unterbeteiligung sich damit gleichzeitig auflöst oder nur als Gesellschaft weiterleben kann, die als solche Mitglied der Hauptgesellschaft ist. Denn es besteht kein Grund, warum es dem Hauptgesellschafter verboten sein soll, seine Vermögensansprüche an eine BGB-Gesellschaft abzutreten und sich an diesem Zusammenschluß selbst zu beteiligen². Soweit die Ansprüche aus der Hauptbeteiligung allerdings unabtretbar sind, bleibt die Unterbeteiligung notwendig Innengesellschaft.

In diesem Sinne ist m.E. eine vom RFH³ behandelte Vertragsgestaltung aufzufassen: Zwei Söhne, Komplementäre einer KG mit zusammen $\frac{2}{3}$ Beteiligung, räumen ihrem Vater, der als Seniorchef formal nur Angestellter der KG ist, an ihrem gemeinsamen Anteil eine Unterbeteiligung ein, in die dieser seine Bezüge aufgrund seiner Tätigkeit bei der KG einbringt. Die Einkommen der Söhne aus den Anteilen und die Bezüge des Vaters sollen jeweils gleichmäßig intern an die Gesellschafter verteilt werden.

Streng genommen handelt es sich in den zuletzt genannten Fällen allerdings nicht um eine Unterbeteiligung im Sinne einer Beteiligung an einer Beteiligung, sondern um eine Beteiligung an einer Zusammenfassung von Beteiligungen bzw. an mehreren Beteiligungen.

-
- 1) Abweichend die Lehre, nach der Gesamthandsvermögen kein Hervortreten nach außen voraussetzt, s.u. S. 17.
 - 2) Hueck, ZHR 83, S. 1, 23; Herzfeld a.a.O. S. 314; Wiedemann S. 314; a.A. Staudinger-Geiler Anhang zu § 705 ff. Anm. 74; und Düringer-Hachenburg-Geiler II 1. Einl. Anm. 316 und 364.
 - 3) RFH RStBl 1933, S. 1014.

Der Unterbeteiligte kann auch selbst wieder Hauptbeteiligter sein, nämlich wenn er an seiner Unterbeteiligung seinerseits einem Dritten eine Unterbeteiligung einräumt. Man spricht dann von mehrstufiger Unterbeteiligung¹. In diesem Falle bestehen Rechtsbeziehungen nur zwischen dem Unterbeteiligten der ersten Stufe (Hauptbeteiligten der zweiten Stufe) und dem Unterbeteiligten der zweiten Stufe, nicht jedoch zwischen diesem und dem Hauptbeteiligten der ersten Stufe².

B. Rechtliche Einordnung der Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen

I. Unterbeteiligung als Sonderform der BGB-Innengesellschaft

1. Unterbeteiligung als Gesellschaft

Voraussetzung für eine Gesellschaft ist der vertragliche Zusammenschluß zur Förderung eines gemeinsamen Zweckes, § 705 BGB

a) Der gemeinsame Zweck

Der gemeinsame Zweck der Gesellschafter der Unterbeteiligung besteht darin, den Anteil des Hauptbeteiligten an der Hauptgesellschaft im Innenverhältnis gemeinsam zu halten, ihn insbesondere gewinnbringend zu nutzen³.

Demgegenüber wird verschiedentlich behauptet, das Gesellschaftsverhältnis der Unterbeteiligung umfasse nicht die gesamten Mitgliedschaftsrechte aus der Hauptbeteiligung, sondern nur die daraus erwachsenden Vermögensrechte, wie das Gewinnanteilsrecht und den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, mit den damit zusammenhängenden Befugnissen und Verpflichtungen⁴. Das mag im praktischen Ergebnis teilweise zutreffen. Dem Hauptbeteiligten steht es frei, in welchem Umfang er den Unterbe-

1) Otto BB 1948, S. 212, 213.

2) Staudinger-Geiler Anhang zu §§ 705 ff. Anm. 76; Hesselmann GmbH Rdsch 1964, S. 29; Bopp S. 22; Pöllinger S. 30; praktische Bedeutung dürfte die mehrstufige Unterbeteiligung wohl nur bei der Unterkonsortialbeteiligung haben.

3) Westermann, Handbuch, Bem. I 948; Esch NJW 1964, S. 902; Kastner JBl 1965, S. 72.

4) OLG Frankfurt LZ 1929, Sp. 793; Böttcher-Zartmann S. 84; Janberg DB 1953, S. 77, 79; Soergel-Schultze-v. Lasaulx Vorbem. 64 vor § 705; Schilling in Großkomm. HGB § 161 Anm. 30.

teiligten beteiligen will, soweit nicht der Hauptgesellschaftsvertrag Grenzen zieht. Vom Ausgangspunkt her ist die Unterbeteiligung jedoch eine schuldrechtliche Beteiligung an einem Gesellschaftsanteil und nicht nur an den daraus erwachsenden Vermögensrechten¹.

b) Förderung des gemeinsamen Zwecks

Der Hauptbeteiligte fördert den gemeinsamen Zweck dadurch, daß er den Hauptgesellschaftsanteil für die Unterbeteiligung hält². Er hat ihn in der Hauptgesellschaft zu belassen, ihn gewinnbringend einzusetzen und dazu seiner Verpflichtung aus dem Hauptgesellschaftsvertrag nachzukommen, deren Zweck zu fördern. Die Förderung des Zwecks der Hauptgesellschaft bedeutet also für den Hauptbeteiligten weitgehend auch eine Förderung des Zwecks der Unterbeteiligung. Daneben hat der Hauptbeteiligte im Rahmen seiner Möglichkeiten bei der Verwaltung der Hauptbeteiligung die besonderen Belange der Unterbeteiligung zu fördern. So hat der Hauptbeteiligte etwa u.U. den auf ihn entfallenden Gewinnanteil zu entnehmen, obgleich ihm das nach dem Hauptgesellschaftsvertrag freisteht³.

Über die Beitragsleistung des Unterbeteiligten bestehen Unklarheiten. Zur Verdeutlichung soll ein Beispiel gebildet werden: A ist an der X-OHG mit einer Einlage von 10.000.--DM beteiligt. Zur Erhöhung seiner Einlage ist er nicht berechtigt. Er unterbeteiligt den B zur Hälfte an seinem Anteil gegen Zahlung von 5.000.--DM. Vielfach wird nun angenommen, die Zahlung des Betrags durch B sei als seine "Einlage" seine Beitragsleistung

1) Gegen OLG Frankfurt LZ 1929, Sp. 793 auch schon Herzfeld AcP 137, S. 307 Fn. 153.

2) Westermann, Handbuch, Bem. I 948; Pöllinger S. 38.

3) Ausführlich dazu unten S. 116.

im Sinne des § 705 BGB¹. Es ist aber nicht ersichtlich, wie in dem Beispielsfall der B durch seine Zahlung den gemeinsamen Zweck der Unterbeteiligung, die gewinnbringende Haltung des Hauptgesellschaftsanteils, fördern kann. In welcher Weise der Hauptbeteiligte den gezahlten Geldbetrag verwendet, ist vielmehr unerheblich, sofern nicht besondere Abreden darüber getroffen sind. Entscheidend ist nur, daß der Unterbeteiligte (B) an dem Anteil des Hauptbeteiligten (A) intern (zur Hälfte) beteiligt ist und somit den Hauptgesellschaftsanteil im Innenverhältnis mithält.

Nicht anders verhält es sich aber auch dann, wenn der Hauptbeteiligte den vom Unterbeteiligten gezahlten Betrag zum Erwerb oder zur Erhöhung des Hauptgesellschaftsanteils verwendet. Leistet allgemein bei der Innengesellschaft der Innengesellschafter eine Einlage, so wird er zwar nicht gesamthänderisch, wohl aber schuldrechtlich am Gesellschaftsvermögen beteiligt. Seine Einlage ist dann sein Beitrag im Sinne des § 705 BGB. Das ist aber bei der Unterbeteiligung nicht möglich. Hier sind nur die Hauptgesellschafter am Gesellschaftsvermögen beteiligt. Die schuldrechtliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen ist nur in der Weise möglich, daß die gesamte Gesellschaft einen Dritten beteiligt, etwa als stillen Gesellschafter. Der Unterbeteiligte kann dagegen am Gesellschaftsvermögen der Hauptgesellschaft auch schuldrechtlich nicht beteiligt werden, sondern nur am Gesellschaftsanteil. Infolgedessen kann er auch keine Einlage in das Vermögen der Hauptgesellschaft leisten. Das vom Unterbeteiligten an den Hauptbeteiligten geleistete Entgelt für die Einräumung der Unterbeteiligung ist also nicht der Beitrag im Sinne des § 705 BGB. Entscheidend ist vielmehr, daß im Innenverhältnis, auf das es bei der Innengesellschaft allein ankommen kann, an dem Hauptgesellschaftsanteil

1) So Esch NJW 1964, S. 903; Schneider, Möhring-Festschrift, S. 118; Pöllinger S. 39, 40; Greifeld S. 22, 42; Ziegler S. 30; zutreffend von Gegenleistung für die Unterbeteiligung sprechen Otto BB 1948, S. 212; Herzfeld AcP 137, S. 285; Wiedemann S. 312.

beide Gesellschafter der Unterbeteiligung anteilmäßig beteiligt sind. Durch die interne Beteiligung leistet daher der Unterbeteiligte seinen Beitrag zur Förderung der Unterbeteiligung¹.

Im Außenverhältnis ist dagegen der Hauptbeteiligte allein Inhaber des Gesellschaftsanteils. Soweit es um die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten, um die Verwaltung des Anteils in der Hauptgesellschaft geht, kann nur der Hauptbeteiligte tätig werden. Insoweit kann nur er die Zwecke der Unterbeteiligung fördern. Seine Beitragsleistung ist deshalb im Normalfall umfassender als die des Unterbeteiligten; er hat den Hauptgesellschaftsanteil zum Teil zu halten, aber ganz zu verwalten. Dem Unterbeteiligten bleibt dagegen für eine Beitragsleistung, die über das interne Mit-Halten des Anteils hinausgeht, im allgemeinen wenig Raum. Ihn können neben der allgemeinen Treuepflicht Beratungspflichten sowie bei entsprechender Vereinbarung interne Geschäftsführungspflichten treffen².

2. Unterbeteiligung als Innengesellschaft

Da die Unterbeteiligung lediglich in einer schuldrechtlichen Beteiligung am Hauptgesellschaftsanteil besteht, tritt sie nach außen hin, insbesondere gegenüber den anderen Hauptgesellschaftern, regelmäßig nicht in Erscheinung. Jedenfalls soll sich nach außen durch die Unterbeteiligung an dem Inhalt und der Rechtszuständigkeit der Hauptbeteiligung nichts ändern³. Alleiniger Träger der Rechte und Pflichten aus dem Hauptgesellschaftsanteil bleibt der Hauptbeteiligte. Das gilt in aller Regel auch dann, wenn die Unterbeteiligung der Hauptgesellschaft bekannt gemacht oder von den Hauptgesellschaftern sogar gebilligt ist⁴.

1) Ausführlich Westermann, Handbuch, Bem. I 948.

2) Greifeld S. 48; ausführlich s.u. S. 95 ff.

3) Staudinger-Geiler Anhang zu §§ 705 ff. Anm. 74; Düringer-Hachenburg-Geiler II, 1 Einl. Anm. 364.

4) Bopp S. 13; Kastner JBl 1965, S. 72.

Eine gemeinschaftliche Vertretung der Unterbeteiligung ist daher nicht möglich. Der Hauptbeteiligte wickelt die Geschäfte, die im Innenverhältnis auf Rechnung der Unterbeteiligung gehen, im eigenen Namen ab¹. Die Unterbeteiligung ist daher eine Innengesellschaft².

Aus dem Charakter der Unterbeteiligung als Innengesellschaft wird fast allgemein gefolgert, sie könne kein Gesamthandsvermögen haben³. Für diese besonders von Geiler begründete Meinung⁴ werden vor allem zwei Gründe angeführt. Ein Gesamthandsvermögen setze nach seiner ganzen Struktur ein Hervortreten der Gesellschaft nach außen, insbesondere bei der Geschäftsführung und Vertretung voraus. Ferner werde sonst der Zweck des § 736 ZPO, das Gesellschaftsvermögen für die Gesellschaftsgläubiger zu reservieren, vereitelt.

Dagegen wird vorgebracht, das entscheidende Prinzip der Gesamthand, die Notwendigkeit der Mitwirkung aller Gesellschafter bei Verfügungen, werde auch dann gewahrt, wenn bei der Innengesellschaft mit Gesamthandsvermögen der Außengesellschafter mit Ermächtigung der anderen Gesellschafter über den Gegenstand im eigenen Namen verfügt. Außerdem sei es nicht Zweck des § 736 ZPO, die Gesellschaftsgläubiger zu schützen, sondern § 736 ZPO sei ein Reflex der gesamthänderischen Bindung der Gesellschafter⁵.

Es erscheint fraglich, ob diese Ansicht die Ordnungsfunktion der Gesamthand ausreichend berücksichtigt. Ein näheres Eingehen auf diese Frage erübrigt sich indessen, da eine gesamthänderische Beteiligung bei der Unterbeteiligung schon aus einem anderen Grunde ausgeschlossen ist. Bei der Personengesellschaft setzt die Einbringung eines Gesellschaftsanteils

1) Vgl. Böttcher-Zartmann S. 39 f.; Janberg DB 1953 S. 77.

2) Statt aller BGHZ 50, S. 316, 320.

3) Westermann, Handbuch, Bem. I 942; Esch NJW 1964, S. 903; Janberg DB 1953 S. 73; Böttcher-Zartmann S. 39; a.A. Weiß S. 35 für die abtretbaren Ansprüche.

4) Staudinger-Geiler Anh. zu §§ 705 ff. Anm. 15 ff.m.w.N. Staudinger-Geiler-Keßler Vorbe. 46 b vor § 705; Enneccerus-Lehmann § 175 IV, 3 S. 729; Larenz, Schuldrecht II, § 56 V b, S. 303; Soergel-Schultze-v.Lasaulx Vorbe. 51 vor § 705.

5) Herzfeld AcP 137, S. 314; Hoeniger ZHR 84, S. 469 ff.; Koenigs S. 338; Siebert, Treuhandverhältnis, S. 322 ff.; Steckhahn, besonders S. 78 ff.

in eine Gesamthandsgemeinschaft die Zustimmung der Mitgesellschafter voraus, bei der GmbH ist hierfür die gerichtliche oder notarielle Beurkundung gemäß § 15 GmbHG erforderlich. Die Einbringung eines Anteils an einer OHG, KG oder GmbH in eine BGB-Gesamthandsgesellschaft ist darüber hinaus rechtlich nicht möglich^{1,2}.

Gesamthänderisch können dem Haupt- und dem Unterbeteiligten nur die abtretbaren Ansprüche zustehen, also vor allem die auf Gewinn und das Auseinandersetzungsguthaben³. Der Einwand Geilers⁴, das sei mit dem Innencharakter der Unterbeteiligung unvereinbar, ist schon deshalb nicht durchschlagend, da nichts dagegen spricht, daß die Unterbeteiligung insoweit Außengesellschaft ist und diese Ansprüche im gemeinsamen Namen geltend zu machen sind.

3. Unterbeteiligung als Sonderform der Innengesellschaft

Die Vorschriften der §§ 705 ff. BGB gehen von einem Zusammenschluß gleichberechtigter Gesellschafter als Arbeits- und Haftungsgemeinschaft zur Erzielung eines gemeinsamen Zwecks aus⁵. Die Innengesellschaft weicht davon insoweit ab, als nur ein Partner als Inhaber des Unternehmens in Erscheinung tritt, in dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden. In beiden Fällen können aber die Gesellschafter gemeinsam im und über das Geschäft verfügen.

Das ist bei der Unterbeteiligung nicht der Fall⁶. Das Gesellschaftsvermögen besteht in einer Beteiligung an der Hauptgesellschaft. Abweichend von der üblichen Innengesellschaft ist der Hauptbeteiligte als Außengesellschafter nicht nur einer

1) Nachweise s. o. S. 9.

2) Die Ansicht von Böttcher, StbJb 1959/60, S. 170, 172, die Unterbeteiligung sei ein Rechtsverhältnis mit "im Innenverhältnis dinglicher Wirkung", ist daher in jedem Falle unzutreffend.

3) S. o. S. 11.

4) Staudinger-Geiler Anhang zu §§ 705 ff. Anm. 74.

5) Zum Typ der BGB-Gesellschaft vgl. H.P. Westermann, Die AG 1967, S. 285 ff.

6) Westermann, Handbuch, Bem. I 950.

Seite, sondern zwei Seiten verpflichtet, nämlich der Hauptgesellschaft und der Unterbeteiligung. Ein charakteristisches und gegenüber der normalen Innengesellschaft zusätzliches Element ist daher für die Unterbeteiligung die Doppelstellung des Hauptbeteiligten als Mitglied der Hauptgesellschaft und der Unterbeteiligung. Die dadurch entstehenden Interessenkollisionen kennzeichnen das besondere Wesen der Unterbeteiligung und unterscheiden es von den sonstigen Innengesellschaften¹. Die Einwirkung der Rechtslage der Hauptgesellschaft auf die Unterbeteiligung bedarf daher der näheren Untersuchung².

Die Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen weist daneben gegenüber der normalen BGB-Innengesellschaft noch eine weitere Besonderheit auf.

Die Vorschriften der §§ 705 ff. BGB über die Gesellschaft sind auf den Zusammenschluß gleichberechtigter Gesellschaft zu einer Gelegenheitsgesellschaft zugeschnitten. Das HGB hat deshalb in der §§ 335 ff. HGB für die nur kapitalmäßige, auf Dauer gerichtete gesellschaftliche Beteiligung an einem Handelsgewerbe eine Sonderregelung geschaffen.

Die Unterbeteiligung an einem Handelsgesellschaftsanteil ist zwar keine gesellschaftliche Beteiligung an dem Gewerbe der Hauptgesellschaft. Die Rechtslage der Hauptgesellschaft bestimmt aber weitgehend das Unterbeteiligungsverhältnis, da das Geschäftsvermögen in einer Beteiligung an der Hauptgesellschaft besteht³. Betreibt die Hauptgesellschaft ein Handelsgewerbe, so beeinflußt das über den Gesellschaftsanteil auch die Unterbeteiligung, da der Unterbeteiligte über diesen Hauptgesellschaftsanteil indirekt eben doch an dem Handelsgewerbe der Hauptgesellschaft beteiligt ist. Der BGH⁴ hat denn auch neuer-

1) Westermann, Handbuch, Bem. I 942, 950.

2) Ausführlich dazu s. u. S. 35 ff.

3) S. o. S. 7f.

4) BGHZ 50, S. 316, 323.

dings¹ erklärt, die Unterbeteiligung an einem (Handels-)² Gesellschaftsanteil stehe als eine Art von mittelbarer Beteiligung an einem Handelsgeschäft der stillen Gesellschaft in mehrfacher Hinsicht nahe.

In der Tat liegt die Frage nahe, inwieweit die gesetzlichen Vorschriften und Rechtsgrundsätze über die stille Gesellschaft als Beteiligung an einem Handelsgewerbe auch für die Beteiligung an dem Gesellschaftsanteil eines Handelsgewerbes, also die "mittelbare" Beteiligung an einem Handelsgewerbe, übernommen werden können³. Dazu ist ein Vergleich der begrifflichen und strukturellen Merkmale der stillen Gesellschaft mit denen der Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen notwendig.

-
- 1) Abweichend z.B. noch BGH WM 1966, S. 188, 191, wo die Unterbeteiligung schlicht als BGB-Gesellschaft eingeordnet ist.
 - 2) Eigene Ergänzung; sie liegt aber den Ausführungen zugrunde.
 - 3) Für die Einordnung der Unterbeteiligung als stille Gesellschaft: an dem Anteil eines OHG-Gesellschafters und des Komplementärs einer KG Hämmerle S. 486; an OHG- und KG-Anteilen Haupt-Reinhardt § 25 I 3, S. 88; Sommer S. 27; Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 9; an OHG-, KG- und GmbH-Anteilen Esch NJW 1964, S. 902 ff; an Anteilen von Dauergesellschaften Schneider, Möhring-Festschrift, S. 115 ff; allgemein zustimmend Raisch ZHR 130, S. 198; vgl. auch Bühler S. 106; für die Unterbeteiligung als BGB-Gesellschaft, teilweise mit analoger Anwendung einzelner Vorschriften der §§ 335 ff. HGB: Böttcher-Zartmann S. 33, 72; Bopp S. 23; Düringer-Hachenburg § 335 Anm. 5; Erman-Wagner § 705 Anm. 2a dd; Esser § 94 III 4, S. 273; Enneccerus-Lehmann § 182 II 2, S. 760; Fischer in Großkomm. HGB § 109 Anm. 26 und in BGB-RGRK Vorb. 6 vor § 705; Flechtheim § 335 Anm. 5; v. Gierke S. 444; Greifeld S. 20; Hecht S. 5; Herzfeld AcP 137, S. 270; Hesselmann-GmbH RdSch 1964, S. 26; Hueck ZHR 83, S. 20; Janberg DB 1953, S. 77; Kastner JBl 1965, S. 72; ders. in Gschnitzer-Gedenkschrift S. 228 f.; Koenigs S. 26; Model-Hägele Bem. 404; Lehmann S. 339; Otto BB 1948, S. 212; Paulick S. 95; Pöllinger S. 27; Rasner S. 101; Rüthers AcP 168, S. 283; Schilling in Großkomm. HGB § 161 Anm. 30; Staub § 335 Anm. 41; Staudinger-Geiler Anh. zu §§ 705 ff. Anm. 74; Staudinger-Keßler Vorb. 48 vor § 705; Schneider-Martin S. 112; Thoma StJb 1954/55, S. 215; Weipert § 335 Anm. 30; Weiß S. 9; Wiedemann S. 313; zurückhaltend Westermann, Handbuch, Bem. I 949; Soergel-Schultze-v. Lassaulx Vorb. 65 vor § 705.

II. Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen und stille Gesellschaft

1. Begriffliche Gegenüberstellung

a) Gesetzliche Merkmale der stillen Gesellschaft

Das HGB enthält keine ausdrückliche Definition der stillen Gesellschaft. Darauf konnte verzichtet werden, da sich die gesetzliche Begriffsbestimmung aus § 335 i.V.m. § 336 II HGB hinreichend ergibt¹. Eine stille Gesellschaft im Sinne der §§ 335 ff. HGB liegt demnach vor, wenn sich jemand als Gesellschafter an dem Handelsgewerbe eines anderen mit einer Vermögenseinlage in der Weise beteiligt, daß die Einlage in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergeht und er dafür mindestens am Gewinn des Handelsgeschäfts, eventuell auch am Verlust teilnimmt.

Damit ein Rechtsverhältnis als stille Gesellschaft angesehen werden kann, müssen also folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

1. Gesellschaftlicher Zusammenschluß der Parteien;
2. Beteiligung an einem Handelsgewerbe, gleichgültig ob Einzelfirma, Personen- oder Kapitalgesellschaft;
3. Leistung einer Vermögenseinlage durch den stillen Gesellschafter, die in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergeht;
4. Beteiligung des stillen Gesellschafters am Gewinn.

Diese begriffliche Abgrenzung ist allerdings nicht mehr unstrittig. Nach Ansicht Fischers² fordert § 335 HGB nicht eine Vermögenseinlage des stillen Gesellschafters, sondern nur, daß eine eventuell geleistete Einlage in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergeht. Diese Auslegung werde dem konditionalen Charakter des 1. Halbsatzes des § 335 HGB gerecht und räume gleichzeitig die Schwierigkeiten bei der Festlegung aus, ob der stille Gesellschafter im konkreten Fall eine Einlage erbracht habe oder nicht.

1) Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 1; Koenigs S. 1; Paulick S. 8, 31; Weipert § 335 Anm. 5; Würdinger I S. 167.
2) Fischer JR 1962, S. 201, 202.

§ 335 HGB ist zwar tatsächlich nach dem Wortlaut nicht eindeutig gefaßt; aus der Entstehungsgeschichte¹ und dem Sinn der §§ 335, 336 HGB, die stille Gesellschaft begrifflich einzugrenzen, ist aber zu entnehmen, daß die Vermögenseinlage Begriffsmerkmal sein soll².

Im Anschluß an Fischer will auch Schneider³ dem § 335 I HGB nur die Bedeutung geben, er regele, was mit einer eventuellen Einlage zu geschehen habe. Er folgert daraus aber weitergehend, § 335 HGB enthalte somit keine abschließende Abgrenzung des Begriffs der stillen Gesellschaft, sondern bestimme lediglich ein wesentliches Merkmal, nämlich daß der Geschäftsinhaber Eigentümer der Einlage werden müsse. Auch die Beteiligung an einem Handelsgewerbe sei daher nicht begriffswesentlich. Entscheidend für die Annahme einer stillen Gesellschaft sei nur die auf ein gesellschaftliches Dauerverhältnis ausgerichtete Beteiligung am Gewinn. Da das bei der Unterbeteiligung der Fall sei, könne sie zwanglos als Unterfall der stillen Gesellschaft angesehen werden⁴.

Schneider hält die stille Gesellschaft anscheinend für einen "offenen Gesellschaftstyp"⁵ mit nur einem Begriffsmerkmal. Die Begriffe Handelsgewerbe und Vermögenseinlage würden demnach den Typ der stillen Gesellschaft nicht definieren, d.h. eingrenzen; sie dienten dann nur der Kennzeichnung des Typs der stillen Gesellschaft, der aber nicht als abschließend verstanden wird.

Diese Ansicht bedeutet aber eine - zumindest vom Ausgangspunkt her - zu freimütige Ausweitung des Anwendungsbereichs der §§ 335 ff. HGB. Neben der Entstehungsgeschichte berücksichtigt sie auch nicht ausreichend die Tendenz der Rechts-

1) Auf eine Legaldefinition wurde verzichtet, da sie sich aus §§ 335, 336 II HGB hinreichend ergibt, vgl. Denkschrift S. 197.

2) Über die typenprägende Kraft dieses Merkmals ist damit freilich noch nichts gesagt.

3) Schneider, Möhring-Festschrift, S. 116.

4) Schneider a.a.O.

5) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 343.

ordnung, um der Eindeutigkeit und Berechenbarkeit, also der Rechtssicherheit willen immer wieder zu Klassifizierungen zu streben¹ und so den offenen Typ durch Festlegung bestimmter, nunmehr für jeden Fall als erforderlich angesehener Merkmale in einen "geschlossenen" zu verwandeln². Im Ergebnis bleibt also festzuhalten, daß die §§ 335 ff. HGB für die stille Gesellschaft begrifflich die gesellschaftliche Beteiligung an einem Handelsgewerbe fordern.

b) Begriffsmerkmale der Unterbeteiligung im Vergleich zur stillen Gesellschaft

Die genannten Merkmale heben die stille Gesellschaft als eine Sonderform von der BGB-Innengesellschaft ab. Bei der Gegenüberstellung mit der Unterbeteiligung sind diese Begriffe jedoch nicht von gleichrangiger Bedeutung; die Vermögens- und die Gewinnbeteiligung sind bei den meisten Unterbeteiligungen vorhanden, wie ein Blick auf die Vertragspraxis zeigt³.

Entscheidend ist daher vor allem, ob die Unterbeteiligung an einem Handelsgesellschaftsanteil die Beteiligung an einem Handelsgewerbe ist.

aa) Beteiligung an einem Handelsgewerbe

Eine Unterbeteiligung an einem Handelsgesellschaftsanteil ist zweifellos dann eine Beteiligung an einem Handelsgewerbe, wenn der Hauptbeteiligte unabhängig von seiner Gesellschaftereigenschaft ein Handelsgewerbe betreibt und zu diesem die Beteiligung an einer Gesellschaft gehört, an der ein Dritter unterbeteiligt ist. Das gilt auch dann, wenn der Hauptbeteiligte Anteile an mehreren Gesellschaften oder mehrere Anteile an einer GmbH besitzt und nur an einem eine Unterbeteiligung abgibt; denn die stille Beteiligung kann unstreitig auch auf

1) Wolff, Studium Generale 1952, S. 201.

2) Larenz, Methodenlehre, S. 344.

3) Nachweise aus der Rspr. s. o. S. 6.

einen Teil des Handelsgewerbes beschränkt werden¹.

Hat etwa eine GmbH oder OHG einen Anteil an einer KG und beteiligt sie an diesem Anteil einen Dritten, so ist dieser an einem Handelsgewerbe beteiligt. Diese Unterbeteiligung erfüllt also die begrifflichen Voraussetzungen der §§ 335 ff. HGB für die stille Gesellschaft, sofern auch die Merkmale Vermögenseinlage und Gewinnbeteiligung vorhanden sind.

bb) Beteiligung an einem Handelsgesellschaftsanteil

Damit eine sonstige Unterbeteiligung an einem Handelsgesellschaftsanteil begrifflich Beteiligung an einem Handelsgewerbe ist, müßte das Halten des Gesellschaftsanteils selbst Betreiben eines Handelsgewerbes sein. Die Tatsache, daß die Hauptgesellschaft ein Handelsgewerbe betreibt, reicht dazu nicht aus. Die Frage ist daher, ob der Inhaber eines Handelsgesellschaftsanteils Kaufmann ist und in dieser Eigenschaft einen Dritten unterbeteiligt. Dazu ist zweckmäßig nach den verschiedenen Gesellschaftsarten zu unterscheiden.

Die Gesellschafter einer OHG sind nach weitaus h.M. Kaufleute². Kaufmann ist nach § 1 HGB, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Die OHG-Gesellschafter können nur das Handelsgewerbe der Hauptgesellschaft betreiben. Sie sind daher in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit Inhaber des Handelsgewerbes. Daß die OHG gemäß § 6 HGB zusätzlich mit der Kaufmannseigenschaft ausgestattet ist, ist dabei unerheblich. So stellt Ballerstedt³ konsequent fest, die OHG-Gesellschafter seien in ihrer Verbundenheit durch den unter gemeinsamer Firma verfolgten Gesellschaftszweck Inhaber des Handelsgewerbes und erfüllten ungeachtet der gemäß § 6 HGB der OHG als solcher zuerkannten Kaufmannseigenschaft auch jeder in seiner Person die Voraussetzungen des § 1 HGB.

1) RG HoldhMschr 1906, S. 306; OLG Düsseldorf JW 1929, S. 2169; Koenigs S. 7; Paulick S. 45.

2) Brüggemann, Großkomm. zum HGB § 1 Anm. 18 m.w.N.; Landwehr JZ 1967, S. 198, 199 mit erschöpfenden Nachweisen.

3) Ballerstedt JuS 1963, S. 253, 259.

Daraus folgern in der Tat einige Autoren, die Unterbeteiligung an einem OHG-Anteil sei daher auch begrifflich Beteiligung an einem Handelsgewerbe und deshalb stille Gesellschaft¹.

Aber auch wenn man von der Kaufmannseigenschaft der OHG-Gesellschafter ausgeht², so ist doch die Unterbeteiligung an einem OHG-Anteil nicht Beteiligung an einem Handelsgewerbe. Der OHG-Gesellschafter betreibt dann zwar in dieser Eigenschaft auch ein Handelsgewerbe, aber nicht sein eigenes, sondern das der Gesellschaft. Nur dann, wenn er das Geschäft für die Handelsgesellschaft abgeschlossen hat, gehört es zum Handelsgewerbe der Gesellschaft³. An diesem kann daher nur im Namen der Gesellschaft ein Dritter beteiligt werden. Die Beteiligung eines Dritten am Anteil eines OHG-Gesellschafters ist daher begrifflich nicht Beteiligung an einem Handelsgewerbe.

Die Darlegungen zur OHG gelten in gleicher Weise auch für die KG, und zwar sowohl für den Komplementär wie auch für den Kommanditisten, den im übrigen auch die h.M.⁴ nicht als Kaufmann ansieht.

Völlig gegenüber dem Gesellschaftsanteil verselbständigt ist die GmbH. Der GmbH-Gesellschafter⁵, auch der Ein-Mann-Gesellschafter⁶, ist daher nicht Kaufmann und betreibt kein Handels-

1) Hämmerle S. 486; Haupt-Reinhardt S. 88; Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 9; Esch NJW 1964, S. 902; Sommer S. 28 ff.; wohl auch Wiedemann S. 313, der aber die §§ 335 ff. HGB wegen struktureller Unterschiede nicht anwendet.

2) Hiergegen werden in neuerer Zeit Einwände erhoben; nach Landwehr, JZ 1967, S. 198 ff., 203, kann die Kaufmannseigenschaft den Gesellschaftern nicht einzeln, sondern nur gemeinschaftlich in gesamthänderischer Verbundenheit zustehen, da auch das gesellschaftliche Vermögen gesamthänderisch gebunden ist; ähnlich Lieb DB 1967, S. 759 ff., Zöllner DB 1964, S. 796; Baumbach-Duden § 105 Anm. 1 J; zumindest im Außenverhältnis ist außerdem die Kaufmannseigenschaft entbehrlich, da die OHG im Außenverhältnis durch die §§ 124 I, 6 I HGB weitgehend verselbständigt ist. Dies führt konsequenterweise dazu, im Außenverhältnis nur der OHG als solcher die Kaufmannseigenschaft zuzusprechen, Zöllner DB 1964, S. 796.

3) BGH LM Nr. 1 zu § 406 HGB; ROHG 14, S. 284; 16, S. 380; RG JW 1909, S. 695; Brüggemann in Großkomm. HGB § 1 Anm. 18.

4) Literaturübersicht bei Landwehr JZ 1967, S. 199 Fußn. 5.

5) BGHZ 5, S. 133 ff.

6) RGZ 85, S. 383; Brüggemann a.a.O. § 1 Anm. 18.

gewerbe. Die Unterbeteiligung an einem GmbH-Anteil ist also nicht Beteiligung an einem Handelsgewerbe.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß die Unterbeteiligung an einem Handelsgesellschaftsanteil begrifflich nicht als solche Beteiligung an einem Handelsgewerbe ist. Sie kann es freilich sein, wenn der Hauptgesellschafter unabhängig von seiner Gesellschaftereigenschaft ein Handelsgewerbe betreibt. Man kann daher begrifflich Unterbeteiligungen, die BGB-Innengesellschaften sind, und solche, die stille Gesellschaften sind, unterscheiden.

2. Typenvergleich

a) Zweckmäßigkeit des Typenvergleichs

Die begriffliche Einordnung bedeutet nicht, daß die Unterbeteiligungen an Handelsgesellschaftsanteilen, soweit sie nicht begrifflich stille Gesellschaften sind, nun gleichsam automatisch der Regelung der §§ 705 ff. BGB unterliegen, und die §§ 335 ff. HGB nur insoweit anwendbar sind, als dies dem tatsächlichen oder hypothetischen - Parteiwillen entspricht¹.

Auch wenn die begrifflichen Voraussetzungen der stillen Gesellschaft fehlen, ist eine entsprechende Anwendung einzelner oder aller Vorschriften über die stille Gesellschaft nicht ausgeschlossen.

Zwar geben die abstrakten Begriffe dem Gesetz erst die Form und verbürgen die Rechtssicherheit. Aber das Ziel der Gesetzgebung, die exakte Bezeichnung einer bestimmten Rechtslage, eines bestimmten Gesellschaftstyps durch Begriffe, ist unerreichbar. Wenn materielle Gerechtigkeit verwirklicht werden soll, muß daher bei der konkreten Rechtsfindung immer wieder auf die vom Gesetz gemeinten Typen, auf die ihm zugrunde liegenden Modellvorstellungen, zurückgegriffen werden².

1) So z.B. Paulick S. 96; Hesselmann GmbH-Rdsch 1964, S. 28.

2) Kaufmann S. 39 f.; vgl. auch Wolff, Studium Generale 1952, S. 202.

Das kann u.U. nur unter Erweiterung oder Sprengung der Begriffe geschehen¹. Auch der Hinweis auf die Rechtssicherheit vermag keine Rechtfertigung für ein zu starres Auslegungsschema zu bieten, da sie selbst nur Teilaspekt der Gerechtigkeit ist². Wohl beansprucht die Rechtsklarheit im Handelsrecht, beim zentralen Begriff des Handelsgewerbes, in besonderem Maße Geltung. Das gilt aber in größerem Umfang bei den einzelnen Handelsgeschäften³ als beim Zusammenschluß zu einer Innengesellschaft, wo der Geschäftspartner den Umfang des Handelsgewerbes regelmäßig kennt, an dem er sich beteiligen will, und Drittinteressen, vor allem Gläubigerinteressen⁴, nicht berührt werden.

Das HGB hat für einen Sondertyp der BGB-Innengesellschaft, die stille Gesellschaft, eine Sonderregelung geschaffen. Ist ein nicht miterfaßter Gesellschaftstyp dem geregelten im Hinblick auf die gesetzlichen Vorschriften gleich oder sind die Abweichungen für die rechtliche Wertung unwesentlich, so ist eine analoge Anwendung gerechtfertigt⁵.

Umgekehrt ist eine restriktive Anwendung der gesetzlichen Vorschriften gerechtfertigt, sofern durch die Begriffe auch Typen erfaßt werden, die der Gesetzgeber gar nicht miterfassen wollte und auf die daher die gesetzliche Regelung ganz oder teilweise nicht paßt.

-
- 1) Die Abhandlungen über den Typus im Gesellschaftsrecht befassen sich vornehmlich mit der Einschränkung der Dispositionsfreiheit aus dem Typus, - vgl. Koller, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, mit Besprechung von Pleyer in ZfG 1968, S. 112 ff., Ott, Typenzwang und Typenfreiheit im Recht der Personengesellschaft, Wolf, Grenzen der Dispositionsbefugnis im Recht der Personengesellschaften, - nicht dagegen mit der hier anstehenden Frage der Ausdehnung des Normbereichs durch den Typus.
 - 2) Kaufmann S. 39 f.; Scholz, Rechtssicherheit S. 59; ausdrücklich für den Begriff des Handelsgewerbes Raisch, S. 38 ff.
 - 3) Auch hier ist freilich eine Analogie möglich, vgl. BGHZ 5, S. 133 ff. für 348 HGB.
 - 4) Vgl. für die stille Gesellschaft Fischer JR 1962, S. 201.
 - 5) Allgemein dazu Larenz, Methodenlehre, S. 288; zur Maßgeblichkeit der dem Gesetz zugrundeliegenden Bewertungsfaktoren Westermann, Streitentscheidung, S. 21 ff.

Um die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung der §§ 335 ff. HGB, der Vorschriften über die Beteiligung an einem Handelsgewerbe, auf die Unterbeteiligung als mittelbare Beteiligung an einem Handelsgewerbe feststellen zu können, ist daher ein Vergleich dieser Gesellschaftstypen unerlässlich.

b) Typ der stillen Gesellschaft

Die stille Gesellschaft ist weitgehend eine Schöpfung des ADHGB und ist vom HGB mit kleineren Veränderungen übernommen worden. Der Gesellschaftstyp, der der Regelung des ADHGB zugrunde liegt¹, wird in den Protokollen von 1858² näher umschrieben: Die stille Gesellschaft solle einem Geldgeber Gelegenheit geben, kaufmännische Geschäfte mit seinem Gelde zu unterstützen, ohne sich mit persönlicher Tätigkeit zu beteiligen. Mit Rücksicht auf das Fehlen einer solchen Beteiligung müsse es ihm dabei möglich gemacht werden, nur mit dem Betrage des eingeschlossenen Kapitals zu haften. Das Wesen der stillen Gesellschaft bestehe also darin, daß dem handelnden Kaufmann von einem, der nicht mithandele, etwas zum Betriebe des Geschäfts anvertraut werde.

Gesetzliches Modell der stillen Gesellschaft ist demnach die Gesellschaft zwischen dem Inhaber eines Handelsgewerbes und einer Person, die an diesem Unternehmen still, d.h. ohne Eintragung ins Handelsregister und ohne entsprechende Mithaftung nach außen, mit einer Kapitaleinlage am Gewinn und eventuell auch am Verlust beteiligt ist³.

Das wird auch aus den Einzelvorschriften deutlich. Sie sollten gegenüber den §§ 705 ff. BGB den besonderen handelsrechtlichen Erfordernissen der stillen Gesellschaft als Sonderform der BGB-Innengesellschaft angepaßt werden⁴.

So ist das Auskunftsrecht des stillen Gesellschafters in § 338 I und II HGB gegenüber § 716 BGB eingeschränkt, da der stille

1) Typus bedeutet hier also das der gesetzlichen Gesellschaftsform zugrundeliegende Leitbild, vgl. Ott, S. 43, Koller S.56.

2) Protokolle 1858 I, S. 288.

3) Vgl. auch Rasner S. 49 ff.

4) Denkschrift zum Entwurf eines HGB S. 88.

Gesellschafter das Risiko regelmäßig nur begrenzt mitträgt und nicht aktiv auf die Geschäftsführung Einfluß nehmen kann. Zudem unterliegt er keinem Wettbewerbsverbot und könnte mit Hilfe eines stärkeren Informationsrechts die Kenntnis von Geschäftsvorgängen zum Nachteil des Geschäftsinhabers verwerten. § 338 HGB beschränkt daher das Auskunftsrecht mit Rücksicht auf die begrenzte, nur kapitalmäßige Beteiligung des stillen Gesellschafters, ebenso wie § 166 HGB für den Kommanditisten¹.

Für die Kündigung der stillen Gesellschaft sind in § 339 HGB gegenüber der jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit des § 727 BGB Fristen gesetzt; der Geschäftsinhaber soll gegen fristlose Kündigungen geschützt werden, da er als Kaufmann über sein Betriebskapital langfristig verfügt und eine kurzfristige unerwartete Rückzahlung ihm daher oft erhebliche wirtschaftliche Nachteile verursachen würde².

Auch die Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses beim Tod eines Gesellschafters gemäß § 727 BGB ist für die stille Gesellschaft nicht angemessen. Nach § 339 II HGB ist deshalb der Tod des stillen Gesellschafters nicht Auflösungsgrund, da der Schwerpunkt des Gesellschaftsverhältnisses in der kapitalistischen Beteiligung liegt und deshalb das Interesse des Geschäftsinhabers, die Einlage zu behalten, in der Regel größer ist als an der Person des stillen Gesellschafters. Aus dem gleichen Grund ist auch dem Erben ein Einrücken in die Gesellschaftstellung zumutbar³.

Die Auseinandersetzungsvorschriften der §§ 730 ff. BGB passen ebenfalls für die stille Gesellschaft nicht, da eine auch nur schuldrechtliche Vermögensbeteiligung fehlt und der Stille deshalb bei der Auseinandersetzung nur seine Einlage und den Gewinn verlangen kann, § 340 HGB.

Schließlich sind bei der stillen Gesellschaft noch zwei handelsrechtliche Sondervorschriften für den Konkursfall eingefügt worden, §§ 341, 342 HGB, um Verfügungen des Geschäftsinhabers

1) Koenigs S. 162 ff.

2) Koenigs S. 343; Paulick S. 203; Schlegelberger-Geßler § 339 Anm. 15.

3) Koenigs S. 279; Paulick S. 209.

über das Geschäftsvermögen zum Vorteil des stillen Gesellschafters und zum Nachteil der übrigen Geschäftsgläubiger zu verhindern.

Der Gesellschaftstyp der stillen Gesellschaft wird demnach durch folgende Strukturelemente besonders gekennzeichnet; Die stille Gesellschaft ist eine BGB-Innengesellschaft. Der Außengesellschafter ist Inhaber eines auf Dauer angelegten Unternehmens, das einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb hat, auf Gewinnerzielung gerichtet ist und am Handelsverkehr teilnimmt. Der Außengesellschafter kann über das Geschäftsvermögen zum Nachteil der Geschäftsgläubiger verfügen. Der Innengesellschafter ist an diesem Unternehmen kapitalmäßig beteiligt und nimmt am Gewinn¹, eventuell auch am Verlust teil.

c) Typ der Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen

Bei der Gegenüberstellung des Typs der stillen Gesellschaft mit dem der Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen besteht zunächst die Schwierigkeit, den Typ der Unterbeteiligung festzulegen. Bei der stillen Gesellschaft konnte er durch ein Zurückgreifen auf die der gesetzlichen Regelung zugrundeliegende Leitvorstellung gefunden werden. Das ist bei der Unterbeteiligung nicht möglich, da eine gesetzliche Regelung der Unterbeteiligung fehlt.

Es ließe sich durch rechtssoziologische Betrachtung ein Häufigkeitstyp oder Repräsentativtyp² finden. Im Hinblick auf den Zweck dieses Vergleichs, Möglichkeiten und Grenzen der ent-

-
- 1) Ob ein Fehlen dieses Merkmals typusändernd ist, ist allerdings zweifelhaft. (Typusändernd ist nur, was in die Sinnbezogenheit der Elemente des Rechtsinstituts eingreift, Zöllner ZHR 126, S. 161/162). Eine Begründung für die zwingende Gewinnbeteiligung ist den Materialien nicht zu entnehmen. Man ging offenbar davon aus, daß ohne Gewinnbeteiligung keine Gesellschaft mehr vorhanden ist, vgl. Koenigs S. 342. An die Fälle, daß die Gesellschaft auch ohne Gewinnbeteiligung ein Interesse des stillen Gesellschafters fördert, hat man anscheinend nicht gedacht. M.E. ist deshalb für diese Fälle eine entsprechende Anwendung der §§ 335 ff. HGB in vollem Umfang gerechtfertigt. Vgl. auch RGZ 27, S. 13, 16 für den entsprechenden Fall des Ausschlusses der Verlustbeteiligung, die nach Art. 250 ADHGB zwingend vorgeschrieben war.
 - 2) Zu den unterschiedlichen Typbildungen vgl. Engisch, Die Idee der Konkretisierung, S. 239 ff.

sprechenden Anwendung des Rechts der stillen Gesellschaft auf die Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen festzustellen, erscheint es aber sinnvoll, den dem Typ der stillen Gesellschaft möglichst analogen Typ der Unterbeteiligung als Vergleichstyp festzulegen und die anderen Arten der Unterbeteiligung als Abweichungen von diesem Typ zu kennzeichnen. Entsprechend der stillen Gesellschaft soll daher auch bei der Unterbeteiligung die nur kapitalmäßige Beteiligung als Ausgangsfall angesehen werden. Wie bereits oben¹ erwähnt wurde, folgt die Struktur der Unterbeteiligung weitgehend der Struktur der Hauptgesellschaft. Die Struktur der Hauptgesellschaft wird über den Hauptgesellschaftsanteil gewissermaßen in die Unterbeteiligung projiziert, soweit nicht der Innencharakter der Unterbeteiligung entgegensteht. Daraus ergeben sich die Übereinstimmungen der stillen Beteiligung an einer Handelsgesellschaft mit der stillen Beteiligung an einem Handelsgesellschaftsanteil.

Der Handelsgesellschaftsanteil ist wie die Hauptgesellschaft auf Dauer gerichtet, da der Hauptbeteiligte am Schicksal des Unternehmens teilnimmt und überdies lange Kündigungsfristen regelmäßig ein kurzfristiges Engagement verbieten. Ebenso ist dann auch die Beteiligung an diesem Anteil regelmäßig auf Dauer gerichtet.

Der Hauptgesellschaftsanteil ist durch die Zweckbindung der Hauptgesellschaft auf Gewinnerzielung gerichtet. Ebenso nimmt die Unterbeteiligung an der Zweckrichtung der Gewinnerzielung teil; dies wird zumeist sogar der überragende Zweck der Unterbeteiligung sein.

Der Hauptbeteiligte nimmt über die Hauptgesellschaft mit seinem Anteil auch am Handelsverkehr teil; er haftet den Geschäftsgläubigern mit seiner Einlage, gegebenenfalls auch mit seinem Privatvermögen.

Aufgrund dieser Übereinstimmung nehmen Esch² und Schneider³

1) S. o. S. 7f.

2) Esch NJW 1964, S. 902, 904.

3) Schneider, Möhring-Festschrift, S. 115, 116.

eine Typengleichheit im Hinblick auf die Vorschriften der §§ 335 ff. HGB an.

Diese Ansicht berücksichtigt aber nicht ausreichend, daß bei der Unterbeteiligung abweichend von der stillen Gesellschaft das Geschäftsvermögen in einer anderen Gesellschaft gebunden ist. Daraus ergeben sich zwei abweichende Strukturelemente.

Einmal ist der Hauptbeteiligte in seiner Dispositionsmöglichkeit durch die Rechte der übrigen Gesellschafter und durch die Organisation der Hauptgesellschaft beschränkt; bezüglich des Geschäftsvermögens der Unterbeteiligung, das in seinem Hauptgesellschaftsanteil besteht, ist er nicht nur dem Unterbeteiligten, sondern auch der Hauptgesellschaft verpflichtet. Die Einräumung von internen Verwaltungsrechten an den Unterbeteiligten, wie Informationsrechten und einem Einfluß auf die Geschäftsführung, kann mit den Verpflichtungen des Hauptbeteiligten in der Hauptgesellschaft kollidieren. Solche Interessenskollisionen sind bei der normalen stillen Gesellschaft nicht möglich¹. Dieser strukturelle Unterschied besteht im übrigen unabhängig davon, ob der Hauptbeteiligte ein eignes Handelsgewerbe betreibt, ob also die Unterbeteiligung begrifflich stille Gesellschaft ist. Hieraus könnten sich Einschränkungen für die Rechtsstellung des Unterbeteiligten ergeben, die zu einer quantitativ noch kapitalistischeren Ausgestaltung der Beteiligung als der des stillen Gesellschafters führen².

Ferner besteht, anders als bei der stillen Gesellschaft, auch keine rechtliche Identität zwischen dem Hauptbeteiligten und dem Träger des handlungsgewerblich genutzten Vermögens, nämlich der Hauptgesellschaft. Die Forderungen und Verpflichtungen des Hauptbeteiligten sind nicht solche des Inhabers des Handelsgewerbes. Durch den Erlaß oder die Rückzahlung der "Einlage" durch den Hauptbeteiligten wird deshalb das im Handelsgeschäft eingesetzte Vermögen nicht verkürzt, eine insbesondere im Hinblick auf die §§ 341, 342 HGB bedeutsame Erkenntnis.

1) Westermann, Handbuch, Bem. I 950.
2) S. u. S. 44 ff.

3. Anwendbarkeit der §§ 335 f. HGB auf die Unterbeteiligung

Aus dem skizzierten Typenvergleich ergeben sich die Möglichkeiten und Grenzen der Anwendung der Vorschriften über die stille Gesellschaft auf die Unterbeteiligung. Eine entsprechende Anwendung ist nicht oder nur mit Einschränkungen möglich, soweit den Vorschriften der §§ 335 ff. HGB von der Unterbeteiligung abweichende Strukturelemente der stillen Gesellschaft zugrunde liegen. Dazu ist eine Untersuchung der Einzelsvorschriften erforderlich.

Die aufgezeigten abweichenden Strukturelemente der Unterbeteiligung können dabei getrennt behandelt werden, obgleich sie in einem inneren Zusammenhang stehen; denn sie treffen zwar regelmäßig, aber nicht notwendig zusammen.

So kann eine Unterbeteiligung an einem Gesellschaftsanteil bestehen, ohne daß der Hauptbeteiligte durch die Rechte von Mitgesellschaftern gebunden ist. Das ist dann der Fall, wenn ein Gesellschafter einer GmbH, AG oder KGaA alle Anteile in seiner Hand vereinigt, was insbesondere bei der Ein-Mann-GmbH praktisch häufig vorkommt, und einen anderen unterbeteiligt. Dabei spielt es keine Rolle, ob dieser nur an einem Anteil oder an allen beteiligt wird¹, da in jedem Fall die sonst für die Unterbeteiligung charakteristische Bindung des Hauptbeteiligten durch andere Hauptgesellschafter fehlt.

Ähnlich verhält es sich auch in dem wohl mehr theoretischen Fall, wenn alle Gesellschafter der Hauptgesellschaft sich zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammenschließen und daran einen Dritten beteiligen.

Fehlt in diesen Fällen bei der Unterbeteiligung die Verpflichtung des Hauptbeteiligten gegenüber anderen Hauptgesellschaftern, so weist sie die größte Ähnlichkeit mit der stillen Gesellschaft auf. Die Unterbeteiligung an Anteilen eines Ein-Mann-Gesellschafters etwa hat weitgehende strukturelle Gemeinsamkeiten mit der stillen Beteiligung an dieser GmbH selbst. Das beruht darauf, daß der Inhaber des Handelsgewerbes zwar nicht rechtlich, wohl aber wirtschaftlich mit dem Hauptbeteiligten identisch ist. Dem

1) A.A. Bopp, S. 21.

Hauptbeteiligten steht es dann frei, dem Unterbeteiligten im Innenverhältnis Verwaltungsrechte einzuräumen. Zur stillen Gesellschaft bleibt daher vor allem der Unterschied, daß der Hauptbeteiligte den Geschäftsgläubigern nicht unmittelbar haftet und deshalb der Erlaß oder die Rückgewähr der Einlage an den Unterbeteiligten das Geschäftsvermögen des Handelsgewerbes nicht unmittelbar mindert. Da die §§ 341, 342 HGB von dieser Tatsache ausgehen, sind diese Vorschriften auch für solche Unterbeteiligungen nicht oder doch nur nach Untersuchung der Interessenanlage im Einzelfall anwendbar¹.

Kommt die Verpflichtung des Hauptbeteiligten gegenüber anderen Hauptgesellschaftern hinzu, so ist die Möglichkeit der Einräumung von Verwaltungsrechten an den Unterbeteiligten regelmäßig eingeschränkt, sofern die Hauptgesellschafter nicht zustimmen. Diese Einschränkung bewegt sich weitgehend, aber nicht ausschließlich außerhalb der gesetzlichen Normierung der §§ 335 ff. HGB. Das Gesetz hat in § 338 HGB das Informationsrecht des stillen Gesellschafters geregelt. Dieses Recht muß bei der Unterbeteiligung durch die Verschwiegenheitspflicht des Hauptbeteiligten zur Hauptgesellschaft begrenzt werden. Diese Begrenzung erübrigt jedoch nicht eine Beantwortung der Frage, ob § 716 BGB oder § 338 HGB auf die Unterbeteiligung anwendbar ist²; denn stets ist wichtig, welches Informationsrecht eingeschränkt werden soll. Hält man wegen der Typenähnlichkeit § 338 HGB für entsprechend anwendbar³, so kann diese Vorschrift wegen des Einwirkungselements freilich nur die Bedeutung einer Ausgangsnormierung haben, die gegebenenfalls einzuschränken ist. Außer beim gesetzlich geregelten Informationsrecht besteht die doppelte Pflichtenstellung des Hauptbeteiligten auch bei vertraglichen Regelungen, etwa hinsichtlich der Geschäftsführung. Dann freilich besteht diese Pflichtenkollision unabhängig davon, ob die §§ 705 ff. BGB oder die §§ 335 ff. HGB auf die

1) Einzelheiten s. u. S. 155 ff.

2) A.A. Westermann, Handbuch Bem. I 966.

3) S. u. S. 131 ff.

Unterbeteiligung anwendbar sind.

Die weitere strukturelle Abweichung der Unterbeteiligung von der stillen Gesellschaft, die mangelnde rechtliche Identität zwischen dem Hauptbeteiligten und dem Träger des handelsgerwerblich genutzten Vermögens, hat vor allem Einfluß auf die Anwendbarkeit der §§ 341, 342 HGB, die von dieser Tatsache ausgehen¹. Diese Abweichung liegt dagegen nicht vor, wenn der Hauptbeteiligte selbst Inhaber eines Handelsgewerbes ist, die Unterbeteiligung daher gleichzeitig begrifflich stille Gesellschaft ist. Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, daß die Typen der Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen und der stillen Gesellschaft zwar verschiedene Übereinstimmungen aufweisen, aber nicht identisch sind, und deshalb die Vorschriften der §§ 335 ff. HGB nicht ganz, sondern nur teilweise anwendbar sind und auch dann u.U. noch modifiziert werden müssen. Die Frage nach der Bedeutung der Regelung des Hauptgesellschaftsvertrages für die Rechte des Unterbeteiligten stellt sich dabei im wesentlichen außerhalb der gesetzlichen Normierung. Ihr soll im folgenden nachgegangen werden.

III. Die Einwirkung des Hauptgesellschaftsvertrages auf den Unterbeteiligungsvertrag

Das Gesellschaftsvermögen der Unterbeteiligung besteht in einer Beteiligung an der Hauptgesellschaft. Der Unterbeteiligte kann sich an einem Gesellschaftsanteil nur jeweils mit dem Inhalt beteiligen, wie er sich aus dem Hauptgesellschaftsvertrag ergibt. Folglich bestimmt die Rechtslage der Hauptgesellschaft, insbesondere ihr Gesellschaftsvertrag, weitgehend das Unterbeteiligungsverhältnis². Der Hauptgesellschaftsvertrag wird deshalb teilweise Bestandteil des Unterbeteiligungs-

1) S. o. S. 29 ff.

2) Staudinger-Geiler Anh. zu §§ 705 ff. Anm. 75; Düringer-Hachenburg-Geiler II 1 Einl. Anm. 365; Westermann, Handbuch Bem. I 942; Pöllinger S. 32.

vertrages¹. Formularverträge enthalten denn auch mitunter den Passus, daß der Hauptgesellschaftsvertrag Bestandteil des Unterbeteiligungsvertrages ist und daß die sich daraus für den Hauptbeteiligten ergebenden Rechte und Pflichten auch für den Unterbeteiligten maßgebend sind². In der wirtschaftlichen Praxis dürfte allerdings ein solcher Hinweis, wie überhaupt eine ausführliche vertragliche Regelung, selten sein.

Die Rechtslage der Hauptgesellschaft wirkt in doppelter Weise auf die Unterbeteiligung ein: Sie ergänzt den Inhalt des Unterbeteiligungsvertrages und begrenzt die Rechte des Unterbeteiligten gegenüber dem Hauptbeteiligten.

1. Ergänzungsfunktion

a) Inhaltsbestimmung

Der Hauptgesellschaftsvertrag bestimmt teilweise automatisch den Inhalt des Unterbeteiligungsvertrages, weil die Beteiligung an der Hauptgesellschaft gleichzeitig das Vermögen der Unterbeteiligung ist. Denn dadurch ist die Rechtslage der Hauptbeteiligung eine objektive Gegebenheit für die Unterbeteiligung, die der Disposition der Gesellschafter der Unterbeteiligung entzogen ist³.

So sind etwa die Höhe des Gewinnanteils, des Entnahmerechts einschließlich etwaiger Entnahmebeschränkungen, die Höhe des Auseinandersetzungsguthabens von der Hauptgesellschaft abhängig. Der Anteil des Unterbeteiligten am Gewinn des Hauptbeteiligten kann zwar im Unterbeteiligungsvertrag festgelegt werden. Die Höhe des zu verteilenden Gewinnanteils, den der Hauptbeteiligte vom Gesamtgewinn der Gesellschaft erhält, richtet sich aber zwangsläufig nur nach dem Recht der Hauptgesellschaft. Die Unterbeteiligung ist insgesamt vom Bestand der Hauptgesellschaft und der Unterbeteiligung abhängig; mit der Auflösung der Hauptgesellschaft oder dem Ausscheiden des Hauptbeteiligten endet auch die Unterbeteiligung.

1) Böttcher-Zertmann S. 72.

2) Model-Haagele Bem. 1167 (§4); Fiegler, Prüfung von Verträgen, S. 117 (§ 8); ders. Die Gesellschaft, S. 226 (§ 5); sollte Bestandteil werden z.B. nach Stehle/Stehle S. 152 und Thoma StbJb 1954/55 S.218.

3) Westermann, Handbuch Bem I 942.

Die Automatik dieser Inhaltsbestimmung wird auch dadurch deutlich, daß es keine Rolle spielt, ob es sich um den ursprünglichen oder um einen geänderten Hauptgesellschaftsvertrag handelt¹.

Wird etwa der Gewinnanteil des Hauptbeteiligten gekürzt, so muß der Unterbeteiligte das hinnehmen.

Besonders offensichtlich wird die Funktion des Hauptgesellschaftsvertrags, den Inhalt des Unterbeteiligungsvertrags mit zu bestimmen, wenn der Unterbeteiligungsvertrag vor Gründung der Hauptgesellschaft abgeschlossen wird oder wenn die Hauptgesellschaft, die ja die notwendige Voraussetzung für die praktische Wirksamkeit des Unterbeteiligungsvertrages bildet, eine Vorbereitungsgesellschaft ist, ohne daß über die künftige Rechtsform bereits bindende Abreden vorliegen; in diesen Fällen muß der Unterbeteiligte die Unterbeteiligung so nehmen, wie sie nach den künftigen Beschlüssen der Hauptgesellschafter festgelegt wird².

Da der Hauptgesellschaftsvertrag das der Unterbeteiligung vorgegebene Rechtsverhältnis ist, ergänzt er nicht nur automatisch den Unterbeteiligungsvertrag, sondern begrenzt ihn auch; denn der Hauptbeteiligte kann dem Unterbeteiligten nicht mehr Rechte einräumen, als ihm selbst in der Hauptgesellschaft zustehen. Dem Hauptgesellschaftsvertrag ist auch zu entnehmen, in welchem Umfang der Hauptbeteiligte an den ihm zustehenden Rechten intern einen Dritten beteiligen darf³.

b) Ergänzung durch Bezugnahme

Soweit die Rechtslage der Hauptgesellschaft inhaltsbestimmend auf die Unterbeteiligung einwirkt, ist dies einer Regelung im Unterbeteiligungsvertrag entzogen.

Im Hinblick auf die Besonderheiten des Hauptgesellschaftsvertrags ist es aber darüber hinaus notwendig, den Unterbeteiligungsvertrag dem Gesellschaftsvertrag der Hauptgesellschaft anzupassen⁴. Denn der Unterbeteiligungsvertrag kann nicht für

1) Westermann, a.a.O.

2) Vgl. RG Warn. 1911 Nr. 371; Herzfeld AcP 137, S.298; Pöllinger S. 34; Staudinger-Geiler Anh. zu §§ 705 ff., Anm. 79; Westermann, Handbuch Bem. I 942.

3) Vgl. unten S. 44 ff.

4) Westermann, Handbuch Bem. I 950.

sich allein, isoliert von der Stellung des Hauptbeteiligten in der Hauptgesellschaft, gesehen werden¹. Die Regelung der Hauptgesellschaft muß daher bei der Ermittlung auch solcher Regelungen der Unterbeteiligung herangezogen werden, die an sich in die Dispositionsfreiheit der Gesellschafter gestellt sind².

Es ist allerdings stets eine Frage des Einzelfalls, ob und wie eine Regelung des Hauptgesellschaftsvertrags in die Unterbeteiligung einwirkt. Angesichts der vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten ist eine Typisierung des Anpassungsproblems kaum möglich.

Einer Anpassung kann beispielsweise die Regelung im Hauptgesellschaftsvertrag bedürfen, daß der Hauptbeteiligte für den Fall vorzeitigen Ausscheidens aus der Hauptgesellschaft nur den Nennwert seiner Beteiligung erhält und nur bei gleichzeitiger Auflösung der Hauptgesellschaft auch am wirklichen Wert beteiligt ist³. Der Unterbeteiligungsvertrag kann dieser Regelung ausdrücklich Rechnung tragen und bestimmen, daß der Unterbeteiligte generell oder jedenfalls für den Fall seines Ausscheidens vor Auflösung der Hauptgesellschaft nur den Nennwert erhält. Schwierigkeiten können aber auftreten, wenn der Unterbeteiligungsvertrag nur für den Fall der Auflösung der Hauptgesellschaft eine Abfindungsregelung enthält⁴, und die Abfindung des Unterbeteiligten vor Auflösung der Hauptgesellschaft zu ermitteln ist. Dies kann nicht unabhängig von der Regelung des Hauptgesellschaftsvertrags geschehen.

Hier können die oben erwähnten Vertragsklauseln⁵ von Bedeutung sein, nach denen die Regelung des Hauptgesellschaftsvertrags als Bestandteil des Unterbeteiligungsvertrages gilt. Für die automatische Inhaltsbestimmung hat eine solche Klausel nur klarstellende Bedeutung. Für die Auslegung könnte sie aber einen selbständigen Wert haben. Durch sie wird allgemein auf die Regelung des Hauptgesellschaftsvertrages Bezug genommen, Diese

1) RFH RStB1 1936, S. 554.

2) Ein andersgelagerter Fall der Abhängigkeit zweier an sich unabhängiger Gesellschaften ist die Doppelgesellschaft, vgl. dazu Treck, S. 115 ff.

3) Vgl. den Sachverhalt in BGH WM 1967, S. 685 ff.

4) So in dem vom BGH WM 1967, S. 685 ff. entschiedenen Fall.

5) S. o. S. 36.

Bezugnahmeerklärung darf jedoch nicht mit der Bezugnahme auf allgemeine Geschäftsbedingungen gleichgesetzt werden, die dadurch Bestandteil der vertraglichen Vereinbarung werden¹. Dort wird durch die Verweisung ein vorformulierter Regelungskomplex en bloc übernommen. Eine solche schematische Übernahme der Regelung der Hauptgesellschaft ist aber nicht möglich. Bei der Ergänzung des Unterbeteiligungsvertrages durch Bezugnahme geht es nicht darum, die Regelung der Hauptgesellschaft zu übernehmen, sondern die Regelung der Unterbeteiligung an die der Hauptgesellschaft anzupassen². Dazu ist eine sorgfältige Analyse des Zwecks der Unterbeteiligung und der dadurch bedingten größeren oder geringeren Abhängigkeit von der Hauptgesellschaft erforderlich³. Mit einer pauschalen Bezugnahme auf den Hauptgesellschaftsvertrag ist deshalb nicht viel gewonnen. Auch dann muß noch im Einzelfall festgestellt werden, welche Regelung den Unterbeteiligungsvertrag nach dessen Sinn und Zweck beeinflußt.

Auch ohne ausdrückliche Anordnung kann eine Bezugnahme auf den Hauptgesellschaftsvertrag mittels Auslegung aus dem Unterbeteiligungsvertrag abgeleitet werden, wenn nur unter Einbeziehung der hauptgesellschaftlichen Regelung ein sachgerechtes Ergebnis gefunden werden kann. Die Interessen der Beteiligten werden maßgeblich durch die Rechtslage des Hauptgesellschaftsanteils beeinflußt. Diese muß daher stets einen Bezugspunkt für die Auslegung des Unterbeteiligungsvertrages bilden.

Es wird deutlich, daß es bei der Ergänzung des Unterbeteiligungsvertrages durch Bezugnahme auf den Hauptgesellschaftsvertrag um die Auslegung des Unterbeteiligungsvertrages geht.

-
- 1) Vgl. BGHZ 33, 216, 219; Lukes JuS 1961, S. 301, 305 ff.; Raiser, S. 151 f.; Erman-Westermann, Einl. vor § 104 Anm. 4; Larenz, Allg. Teil, S. 350.
 - 2) Von daher ergibt sich eine Ähnlichkeit zu den vertraglichen Anpassungsklauseln, die jedoch eine Anpassung an die nachträgliche Veränderung tatsächlicher Umstände bezwecken, vgl. Bilde, insbesondere S. 28 ff.
 - 3) Westermann, Handbuch, Bem. I 950.

Insbesondere der ergänzenden Vertragsauslegung¹ kommt hier eine besondere Bedeutung zu. Ihr Zweck ist es, eine Lücke im Vertrag zu schließen. Sie setzt also voraus, daß die vertragliche Regelung unvollständig ist, sei es schon bei Vertragsschluß, sei es im Laufe der Vertragsentwicklung. Ausgangspunkt und Maßstab für die Ausfüllung einer solchen Lücke ist, wie auch bei der eigentlichen Auslegung, der Vertragswille. Aus dem Sinnzusammenhang des Vertrages läßt sich aber auch eine vom Parteiwillen, d.h. von der von den Parteien vorgenommenen Interessenwertung², noch mitgetragene, weiterreichende Regelung erschließen als aus den einzelnen Erklärungen. Dabei ist nach Treu und Glauben alles als miterklärt anzusehen, was sich aus dem erkennbaren objektiven Vertragszweck, dem Grundgedanken des Vertrages, dem Sinnzusammenhang als sachlich geboten und damit durch den Vertrag selbst gefordert ergibt³.

Verträge sind gemäß § 157 BGB so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Die Gesellschaftsverhältnisse werden darüber hinaus von der allgemeinen Treuepflicht beherrscht⁴. Gesellschaftsverträge sind deshalb nach § 157 BGB so auszulegen, wie die Treuepflicht der Gesellschafter es erfordert.

Wird allerdings die Treuepflicht zum einzigen Faktor für die Ermittlung von Gesellschaftsrechten und -pflichten, so handelt es sich um eine Konkretisierung der Treuepflicht gemäß § 242 BGB⁵

-
- 1) Die Einordnung der ergänzenden Vertragsauslegung ist str.; überwiegend wird sie als Ergänzung des Rechtsgeschäfts durch Auslegung eingeordnet, vgl. Larenz, Allg. Teil, S. 527 und NJW 1963, S. 737 ff., während sie nach a.A. Anwendung von ergänzenden Rechtsnormen auf das Rechtsverhältnis sein soll, vgl. Henckel AcP 159, S. 106 ff.; die Frage hat nur theoretische Bedeutung, vgl. Flume § 16, 4a, S. 321 ff., sie ist aus der Theorie der Willenserklärung zu lösen.
 - 2) Erman-Westermann § 133 Anm. 3.
 - 3) Soergel-Knopp § 157 Bem. 96 ff., 125 m.w.N.; Erman-Hefermehl § 157 Anm. 7.
 - 4) Ob die Treuepflicht im Verhältnis zur allgemeinen Bindung an Treu und Glauben ein Grad- oder Wesensunterschied ist, ist umstritten. Eine praktische Differenzierung erscheint jedenfalls überflüssig, vgl. Staudinger-Keßler, Vorb. 35a vor § 705; Schilling JZ 1953, S. 489; Zöllner S. 336.
 - 5) BGH WM 1967, S. 1277, 1279.

Eine klare Abgrenzung von ergänzender Vertragsauslegung und Bestimmung der gesellschaftlichen Treuepflicht aus § 242 BGB ist aber nicht möglich, da sich ein Maßstab des korrekten, vertragsgemäßen Verhaltens stets aus der vertraglichen Bindung an den gemeinsamen Zweck ergibt¹.

Die Ergänzung des Unterbeteiligungsvertrages durch Bezugnahme auf den Hauptgesellschaftsvertrag ist also ein Sonderfall der Auslegung, der ergänzenden Auslegung und der Konkretisierung der Treuepflicht, wobei sich die Orientierung am Hauptgesellschaftsvertrag stets wegen des besonderen Vertragszwecks der Unterbeteiligung ergibt. Das Ausmaß der Beeinflussung ist dabei sehr weitgehend abhängig von den Umständen des Einzelfalls. Je nach dem Zweck der Unterbeteiligung und den Motiven, die zum Abschluß des Unterbeteiligungsvertrages führen, ist der Unterbeteiligte zu mehr oder minder großer Rücksichtnahme auf die Gegebenheiten der Rechtsstellung des Hauptbeteiligten in der Hauptgesellschaft verpflichtet und in unterschiedlichem Umfang an den Rechten des Hauptbeteiligten im Innenverhältnis mitberechtigt.

Verallgemeinernd läßt sich folgendermaßen differenzieren: Immer dann, wenn der Unterbeteiligte dem Hauptbeteiligten wirtschaftlich möglichst weitgehend gleichgestellt werden soll, muß der Unterbeteiligte sich auch den im Hauptgesellschaftsvertrag festgelegten Beschränkungen unterwerfen. Ebenso wird er in diesen Fällen aber auch an den besonderen Vorteilen zu beteiligen sein, die dem Hauptbeteiligten aufgrund seines Anteils nach dem Hauptgesellschaftsvertrag zustehen, etwa an Bezugsrechten. Je mehr schließlich der Unterbeteiligte wirtschaftlich zum eigentlichen Beteiligten wird, die Unterbeteiligung sich also der Treuhand nähert, umso mehr muß er die Rechtsstellung des Hauptbeteiligten in der Hauptgesellschaft berücksichtigen. So kann sich etwa aus der gesellschaftlichen Treuepflicht die Verpflichtung ergeben, die Unterbeteiligung erst zu einem Zeitpunkt zu kündigen, bis zu dem auch dem Hauptbeteiligten eine Kündigung möglich ist.

1) Die Schwierigkeit der praktischen Abgrenzung ist anerkannt; vgl. Palandt-Danckelmann § 157 Anm. 4; einen methodischen Unterschied sieht Erman-Sirp § 242 Anm. I 4 a. m.w.N.; a.A. Flume, § 16, 3b, S. 309.

Ist die Unterbeteiligung dagegen schenkweise oder zum Zweck der Steuerersparnis eingeräumt worden, so wird, freilich differenziert nach der besonderen Zweckrichtung der Unterbeteiligung, eher anzunehmen sein, daß im Zweifel zwar die Beschränkungen aus dem Hauptgesellschaftsvertrag auch für den Unterbeteiligten gelten, nicht dagegen ohne weiteres auch die besonderen Gewinnrechte.

Unter diesen Aspekten hat auch der BGH, wenn auch nicht ausdrücklich, den oben erwähnten Fall¹ entschieden². Der Unterbeteiligungsvertrag enthielt eine Abfindungsregelung nur für den Fall der Liquidation der Hauptgesellschaft. Der Unterbeteiligte war dann im Innenverhältnis auch an den stillen Reserven beteiligt. Zur Entscheidung stand die Höhe der Abfindung des Unterbeteiligten bei seinem Ausscheiden vor Auflösung der Hauptgesellschaft. Diese Frage war allein durch die Auslegung des Unterbeteiligungsvertrages nicht eindeutig zu entscheiden. Bei der Auslegung mußte deshalb auf die Regelung des Hauptgesellschaftsvertrages Bezug genommen werden, wonach der Hauptbeteiligte selbst für den Fall vorzeitiger Ausscheidens nur den Nennwert erhielt.

Der BGH formulierte allgemeiner, es müßten bei der Auslegung auch "die übrigen Belange" des Hauptbeteiligten berücksichtigt werden³. Dabei sei von besonderer Bedeutung, daß der Hauptbeteiligte den Unterbeteiligten nicht habe besser stellen wollen als sich selbst. Das ergebe sich schon aus der Interessenlage und brauche deshalb im Vertrag nicht ausdrücklich gesagt zu werden.

Die Interessenlage sprach deshalb für eine Anpassung an die Abfindungsregelung im Hauptgesellschaftsvertrag, da der Hauptbeteiligte die Unterbeteiligung seinem Kinde unentgeltlich zum Zwecke der Ausstattung sowie aus Steuerersparnisgründen eingeräumt hatte.

Für diesen Fall ergibt die ergänzende Auslegung, daß der Hauptbeteiligte den Unterbeteiligten bei der Abfindung an den inneren

1) S. o. S. 38.

2) BGH WM 1967, S. 685 ff.

3) BGH a.a.O. S. 686.

Werten des Anteils nicht zu beteiligen braucht, wenn er selbst im Falle vorzeitigen Ausscheidens nur den Nennwert erhält.

Das ergibt sich schon aus der Überlegung, daß der Hauptbeteiligte die Möglichkeit haben muß, den Unterbeteiligten aus seiner Abfindungssumme zu befriedigen. Anders hätte es m.E. allerdings sein können, wenn sich zwei Vertragspartner zum Erwerb der Hauptbeteiligung zusammengeschlossen hätten und der eine daran als Unterbeteiligter beteiligt wäre, jedenfalls im Falle der Kündigung durch den Hauptbeteiligten.

Durch die ergänzende Vertragsauslegung können auch andere Regelungen des Hauptgesellschaftsvertrages in die Regelung der Unterbeteiligung einbezogen werden.

So ist etwa, wie Westermann darlegt¹, ein weitgehender Kündigungsausschuß in der Hauptgesellschaft im Zweifel für die Unterbeteiligung zu übernehmen, wenn die Unterbeteiligung schenkweise oder als Vorstufe zur Nachfolge des Unterbeteiligten in der Hauptgesellschaft gewollt ist, nicht dagegen, wenn die Unterbeteiligung ein reines Finanzierungsmittel darstellt.

Die Abhängigkeit der Unterbeteiligung reicht allerdings immer nur so weit, wie der Hauptgesellschaftsvertrag zur inhaltlichen Ergänzung des Unterbeteiligungsvertrags notwendig und geeignet erscheint².

Es ist deshalb stets die Art der zu regelnden Materie zu berücksichtigen. Z.B. betreffen die Erbenregelungen im Hauptgesellschaftsvertrag nur das Verhältnis der Hauptgesellschafter untereinander. Sie können deshalb nicht oder doch nur mit großer Zurückhaltung auf den Unterbeteiligungsvertrag einwirken.

So sagt etwa eine Nachfolgeklausel im Hauptgesellschaftsvertrag noch nichts über die diesbezügliche Regelung im Unterbeteiligungsvertrag aus. Derartige Fragen der Fortsetzung der Unterbeteiligung müssen sinngemäß allein aus dem Unterbeteiligungsvertrag entschieden werden³, hilfsweise unter Heranziehung der dispositiven gesetzlichen Vorschriften. Die Nachfolgeklausel

1) Westermann, Handbuch, Bem. I 950.

2) Herzfeld AcP 137, S. 318.

3) Herzfeld AcP 137, S. 318.

kann allerdings im Einzelfall ein Indiz dafür sein, daß die Beteiligung überwiegend kapitalistischer Natur ist und die Auflösung der Unterbeteiligung mit dem Tode des Hauptbeteiligten daher nicht dem Willen der Vertragsparteien entspricht¹.

Keine besonderen Schwierigkeiten entstehen, wenn der Unterbeteiligungsvertrag auf eine Einzelregelung der Hauptgesellschaft Bezug nimmt. So kann etwa die Vertragsdauer dadurch bestimmt werden, daß die Unterbeteiligung für die Dauer der Hauptgesellschaft geschlossen ist², oder das Geschäftsjahr dadurch festgelegt werden, daß dies dem Geschäftsjahr der Hauptgesellschaft entspricht.

2. Begrenzungsfunktion

Neben der Ergänzungsfunktion kommt dem Hauptgesellschaftsvertrag auch die Bedeutung zu, auf die Rechtsverhältnisse der Unterbeteiligung begrenzend einzuwirken. Zwar ist die Begrenzung im weiteren Sinne ebenfalls eine Ergänzung, nämlich nach der negativen Seite. Bisher wurde aber nur die Ergänzung des Unterbeteiligungsvertrages im Hinblick auf der vertraglichen Regelung nicht zugängliche oder sonst nicht geregelte Fragen behandelt. Es muß daher noch die Frage erörtert werden, in welchem Verhältnis die Verpflichtungen des Hauptbeteiligten aus dem Hauptgesellschafts- und dem Unterbeteiligungsvertrag zueinander stehen und wie eine Kollision derartiger Verpflichtungen zu behandeln ist.

Die Frage wird in der Literatur, soweit sie gesehen wird, nur knapp behandelt. Nach Herzfeld³ bestehen die Verpflichtungen des Hauptbeteiligten aus dem Hauptgesellschafts- und dem Unterbeteiligungsvertrag unabhängig voneinander, da die Konkurrenz obligatorischer Verpflichtungen deren Wirksamkeit grundsätzlich nicht beeinträchtigt. Nach Ansicht des ROHG⁴ handelt es sich um doppelseitige, sich gegenseitig beschränkende Pflichten.

1) Vgl. die Vertragspraxis bei der Unterkonsortialbeteiligung, s.O. S. 8 ; eine entsprechende Regelung kann aber etwa auch bei der Unterbeteiligung an dem Anteil einer kapitalistischen KG oder GmbH sinnvoll sein.

2) Sofern die Dauer der Hauptgesellschaft ihrerseits bestimmt ist, vgl. unten S. 142 f.

3) Herzfeld AcP 137, S. 306.

4) ROHG 23, S. 121, 122.

Nach Staudinger-Keßler¹ muß im Kollisionsfall die Treue gegenüber der Hauptgesellschaft vorrangig sein. Es komme aber auf den Einzelfall an. Kastner² ist dagegen der Meinung, eine derartige Kollision sei gar nicht möglich, weil der Hauptbeteiligte sich überhaupt nur im Rahmen des Hauptgesellschaftsvertrags verpflichten könne. Denn der Unterbeteiligte verlange nicht außerhalb, sondern innerhalb der Hauptgesellschaft, also innerhalb einer fremden Rechtsgemeinschaft, der er nicht angehöre, ein vertragswidriges Verhalten des Hauptbeteiligten. Für das Verhalten in der Hauptgesellschaft sei aber nur das für die Hauptgesellschaft geltende Recht maßgebend. Westermann³ legt dagegen dar, daß der Hauptbeteiligte sich im Rahmen des Möglichen u.U. für die Interessen der Unterbeteiligung entscheiden muß, selbst wenn das gewisse Nachteile für die Hauptgesellschaft haben mag.

Es erscheint sinnvoll, zwischen dem Verhältnis der allgemeinen Treuepflichten und dem ausdrücklicher Regelungen zueinander zu unterscheiden.

a) Verhältnis der allgemeinen Treuepflichten

Den Hauptbeteiligten trifft aufgrund des Hauptgesellschaftsvertrags eine allgemeine Treuepflicht zur Hauptgesellschaft, aufgrund des Unterbeteiligungsvertrages eine solche zum Unterbeteiligungen.

Die Interessen können dabei bei derselben Maßnahme eine unterschiedliche Zielrichtung haben. So können bei der Bestimmung der Gewinnverwendung die Interessen des Unterbeteiligten die Ausschüttung, die der Hauptgesellschaft eine Rückstellung für Investitionen fordern. Gleichwohl kann es in einem solchen Fall nicht zu einer echten Pflichtenkollision kommen.

Denn die Treuepflicht verpflichtet die Gesellschafter, Schädigungen der Interessen der Gesellschaft und der durch den Gesellschaftszweck umfaßten Interessen der Mitgesellschafter zu unterlassen und darüber hinaus die Interessen im Rahmen der durch die

1) Staudinger-Keßler, Vorb. 48 vor § 705; v. Gierke S. 444; ähnlich Hesselmann GmbH RdSch 1964, S. 28.

2) Kastner JBl 1965, S. 74.

3) Westermann, Handbuch, Bem. I 959.

Gesellschaft bedingten Tätigkeit zu fördern¹. Die Treuepflicht geht also nur so weit, wie die Zweckbindung reicht. Der Rahmen für die Zweckverfolgung der Unterbeteiligung ist also durch die Rechtsstellung des Hauptbeteiligten in der Hauptgesellschaft abgesteckt. Der Hauptbeteiligte verfolgt also nur insoweit den vertraglich vereinbarten Zweck und ist deshalb dem Unterbeteiligten nur insoweit zu Treue verpflichtet, wie es seine Rechtsstellung in der Hauptgesellschaft erlaubt. Der Umfang der allgemeinen Treuepflicht zur Unterbeteiligung bestimmt sich also inhaltlich nach dem Hauptgesellschaftsvertrag. Eine Kollision der allgemeinen Treuepflichten ist daher nicht möglich.

Innerhalb des damit der Unterbeteiligung verbleibenden Spielraums für die Verfolgung von Sonderinteressen müssen die Interessen des Hauptbeteiligten und des Unterbeteiligten unter Berücksichtigung des Vertragszwecks gegeneinander abgewogen werden. Keineswegs sind dabei nur die Interessen des Unterbeteiligten maßgebend. Hierin unterscheidet sich die Unterbeteiligung von der schuldrechtlichen Treuhand, bei der im Rahmen des Zulässigen nur die Interessen des schuldrechtlich beteiligten Treugebers zu beachten sind.

b) Verhältnis ausdrücklicher Vereinbarungen

Dagegen ist ein Zusammentreffen sich widersprechender Verpflichtungen des Hauptbeteiligten gegenüber dem Unterbeteiligten und der Hauptgesellschaft aufgrund ausdrücklicher Vereinbarungen möglich. Beispiel: Der Hauptbeteiligte verpflichtet sich gegenüber dem Unterbeteiligten zur Vorlage der Bilanz der Hauptgesellschaft², obgleich er der Hauptgesellschaft zur Verschwiegenheit über Geschäftsangelegenheiten, auch hinsichtlich der Bilanz, verpflichtet ist.

Die Frage ist dann, in welchem Verhältnis diese Verpflichtungen stehen, ob eine Verpflichtung vorrangig ist oder ob beide unabhängig nebeneinander bestehen.

1) Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 19; vgl. auch BGHZ 34, S. 80, 83; BGH LM Nr. 12 zu § 705 BGB; Soergel-Schultze-v.Lassaulx § 705 Bem. 66 ff.m.w.N.; Zöllner S. 336 m.w.N.
2) Vgl. z.B. Wurm/Wagner/Zartmann, Muster 98 d (§3); Hallermann, Formular-Kommentar 1, S. 309, Anm. 4; näher dazu unten S. 127 ff.

aa) Hauptgesellschaftskonforme Auslegung des Unterbeteiligungsvertrages

Gelegentlich enthalten die Unterbeteiligungsverträge eine Klausel, wonach der Unterbeteiligte gegenüber dem Hauptbeteiligten keinerlei Ansprüche oder Rechte geltend machen kann, zu deren Erfüllung oder Ausübung der Hauptbeteiligte nach dem Gesellschaftsvertrag der Hauptgesellschaft nicht berechtigt oder in der Lage ist¹. Ähnlich sind auch die oben² erwähnten Klauseln zu bewerten, nach denen der Hauptgesellschaftsvertrag Bestandteil des Unterbeteiligungsvertrages ist. Durch eine solche Klausel sind dann im Zweifel alle Einzelvereinbarungen zwischen dem Hauptbeteiligten und dem Unterbeteiligten einschränkend auszulegen, sogar an sich klare und eindeutige Formulierungen. Das erwähnte Informationsrecht des Unterbeteiligten etwa würde dann dahin eingeschränkt, daß es nur so weit reicht, wie es der Hauptgesellschaftsvertrag erlaubt. Die Regelungen des Unterbeteiligungsvertrages sind dann denen der Hauptgesellschaft nachgeordnet und ihnen bei der Auslegung anzupassen. Man kann dann, entsprechend der verfassungskonformen Auslegung³, von einer hauptgesellschaftskonformen Auslegung sprechen. Wie Michel⁴ zutreffend darlegt, ist die verfassungskonforme Auslegung kein spezieller verfassungsrechtlicher Auslegungsgrundsatz, sondern nur "Ausdruck eines allgemeinen interpretatorischen Konformitätsprinzips", das immer anzuwenden ist, wenn rangniedere Normen in ihrem Verhältnis zu ranghöheren Normen auszulegen sind. Unterschiedlich ist bei der hauptgesellschaftskonformen Auslegung allerdings die Begründung für die Vorrangigkeit. Während das Verfassungsrecht objektiv vorrangig ist, kann es sich beim Recht der Hauptgesellschaft nur um eine subjektiv gewollte Vorrangigkeit handeln. Das Recht der Hauptgesellschaft ist mit anderen Worten gegenüber dem der Unterbeteiligung nicht vorrangig, sondern es ist nur als vorrangig

1) Fiegle, Prüfung von Verträgen, S. 117 (§ 8); Model-Haegel, Bem. 1167 (§ 4 II); Wurm/Wagner/Zartmann, Muster 98 d (§ 1 II).

2) S. o. S. 36.

3) Vgl. BVerfGE 2, S. 266 ff.; Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 209 Anm. 82 b; Maunz-Dürig, Kommentar zum BGG, Art. 20 Nr. 67.

4) Schack-Michel, JuS 1961, S. 269 ff., 274 ff., 275.

zu behandeln¹.

Ein entsprechender Parteiwille, das Recht der Hauptgesellschaft als vorrangig zu behandeln, kann sich aber nicht nur aus der oben erwähnten Klausel ergeben. Er ist im Zweifel auch ohne eine derartige ausdrückliche Vereinbarung aufgrund der allgemeinen Zweckvereinbarung der Unterbeteiligung anzunehmen.

Ebenso wie die Bestimmung der allgemeinen gesellschaftlichen Treuepflicht² ist auch die Auslegung der ausdrücklich geregelten Vertragspflichten am Zweck des gesellschaftlichen Zusammenschlusses zu orientieren. Gesellschaftszweck ist die Ausnutzung der Gesellschafterstellung in der Hauptgesellschaft. Der Hauptgesellschaftsvertrag ist das vorgegebene Vertragsverhältnis. Im Zweifel ist deshalb anzunehmen, daß der Unterbeteiligungsvertrag hauptgesellschaftskonform auszulegen ist und den Hauptbeteiligten nur in diesem Rahmen verpflichten soll.

Das gilt besonders dann, wenn die Formulierung der Vereinbarungen des Unterbeteiligungsvertrages so weit und unbestimmt ist, daß sie auch Sachverhalte erfaßt, für die sie nach ihrem Zweck nicht paßt oder dieser sie in einer gegen die Treuepflicht verstoßenden Weise regelt, z.B. die Verpflichtung des Hauptbeteiligten, den Unterbeteiligten über "alle Angelegenheiten" der Hauptgesellschaft zu informieren³. In solchen Fällen ist es Aufgabe der ergänzenden, hauptgesellschaftskonformen Auslegung, solche Klauseln auf ein vertretbares, d.h. dem Gesellschaftszweck entsprechendes Maß einzuschränken⁴. Die Verpflichtung reicht dabei im Zweifel nur so weit, wie der Hauptgesellschaftsvertrag das zuläßt⁵.

In den meisten Fällen besteht daher eine Pflichtenkollision in der Person des Hauptbeteiligten nur scheinbar; durch eine haupt-

1) So wohl auch Rüthers AcP 168, 263 ff., 283; die Unterbeteiligung sei wie von einer vorrangigen Rechtsquelle geprägt.

2) S. o. S. 45 f.

3) Vgl. das Muster von Klauss S. 174 (§ 4).

4) Zur einschränkenden Auslegung allgemein vgl. Soergel-Knopp § 157 Bem. 169; Erman-Westermann § 138 Anm. 5; RGZ 82, S. 308 ff.; 316, 166 S. 65 ff., S. 72.

5) Vgl. RGZ 133, S. 90 ff., 96; die gegen eine Pflicht der Hauptgesellschaft verstoßende Verpflichtung zur weisungsgebundenen Stimmabgabe entfalle ohne weiteres, da derartige Verpflichtungen unter dem Grundsatz von Treu und Glauben stünden.

gesellschaftskonforme Auslegung des Unterbeteiligungsvertrags wird die Verpflichtung des Hauptbeteiligten gegenüber dem Unterbeteiligten regelmäßig auf den Umfang beschränkt, der nach dem Recht der Hauptgesellschaft zulässig ist.

bb) Echte Kollision von Verpflichtungen

Grenze der einschränkenden, hauptgesellschaftskonformen Auslegung ist allerdings der eindeutige aus den Erklärungen hervorgehende entgegenstehende Parteiwille¹. Grundsätzlich muß bei der Auslegung des Vertrags der übliche, aus seinem Wortlaut und den Umständen des Abschlusses ersichtliche Inhalt gewahrt bleiben. Der für die Unterbeteiligung übliche Inhalt ist zwar schon, wie dargelegt, unter dem Gesichtspunkt der hauptgesellschaftskonformen Auslegung zu sehen, so daß von daher eine wesentliche Einschränkung der Bestimmungen des Unterbeteiligungsvertrags erfolgen kann. Eine weitergehende Einschränkung ist schließlich dann möglich, wenn der Vertrag die erwähnte Klausel enthält, daß der Unterbeteiligte keine Rechte geltend machen kann, zu deren Erfüllung oder Ausübung der Hauptbeteiligte nach dem Hauptgesellschaftsvertrag nicht berechtigt ist.

Im übrigen bietet jedoch die hauptgesellschaftskonforme Auslegung gegen fest umrissene, eindeutig auf jeden Fall gewollte Regelungen keine Handhabe. Ferner werden mitunter gerade solche Bestimmungen kollidieren, die im Eigeninteresse der Gesellschafter gegeben sind, der Treuebindung also nur beschränkt unterliegen². Hat sich etwa der Hauptbeteiligte gegenüber dem Unterbeteiligten, der in der gleichen Branche wie die Hauptgesellschaft tätig ist, zur Preisgabe bestimmter Geschäftsangelegenheiten der Hauptgesellschaft verpflichtet, so ist diese Vereinbarung kaum einer einschränkenden Auslegung zugänglich, nämlich daß sie nur für den Fall gelten soll, daß sie nicht treuwidrig ist.

In solchen Fällen der echten Kollision von Verpflichtungen wäre ein unbeschränkter Vorrang der Verpflichtung aus dem

1) RGZ 126, S. 324, 327; HRR 1929 Nr. 794; 1934 Nr. 1275; RGZ 136, S. 178, 185; BGHZ 9, S. 273, 279 m.w.N.

2) Vgl. Hueck, Hübner-Festschrift, S. 80 ff.; Fischer NJW 1954, S. 777, 779.

Hauptgesellschaftsvertrag anzunehmen¹, wenn dem Hauptbeteiligten ein gegen den Hauptgesellschaftsvertrag verstoßendes Handeln und damit auch die Verpflichtung dazu unmöglich wäre. Es ist jedoch nicht ersichtlich, woraus sich generell immanente Schranken für das Handeln des Hauptbeteiligten, etwa bei treuwidriger Weitergabe von Informationen oder treuwidriger Geschäftsführung, ergeben sollten.

Eine Verpflichtung zu einem unmöglichen Handeln liegt nur dann vor, wenn der Hauptbeteiligte zu dem Handeln selbst nicht in der Lage ist, zu dem er sich verpflichtet hat.

Unmöglich ist deshalb etwa die Verpflichtung des Hauptbeteiligten zur Weitergabe bestimmter Informationen über geheime Geschäftsführungsmaßnahmen, wenn er selbst zur Information lediglich die Jahresbilanz der Hauptgesellschaft erhält.

Unmöglich ist auch die Verpflichtung zur Fortführung der Unterbeteiligung für eine bestimmte Zeit, wenn die Hauptgesellschaft vorher aufgelöst wird. Ferner kann u.U. auch eine sogenannte Stimmbindungsvereinbarung unmöglich sein, die im Rahmen eines Unterbeteiligungsvertrages getroffen wird. Denn die treuwidrige Stimmabgabe ist rechtlich wirksam². Die Verpflichtung des Hauptbeteiligten gegenüber dem Unterbeteiligten zu einer rechtswirksamen Stimmabgabe, die gegen seine Treuepflicht zur Hauptgesellschaft verstößt, ist deshalb gemäß § 306 BGB wegen Unmöglichkeit nichtig³. Eine solche Auslegung der Stimmbindungsvereinbarung wird jedoch praktisch kaum vorkommen. Haben die Parteien die Möglichkeit einer Kollision nicht gesehen, so hilft die hauptgesellschaftskonforme Auslegung. Andernfalls wird in einem solchen Falle die Verpflichtung zu einer treuwidrigen tatsächlichen Stimmabgabe vereinbart sein, die zwar objektiv unwirksam ist, wohl aber wegen der Schwierigkeit der Beweisführung

1) So anscheinend Kastner JBl 1965, S. 74.

2) Zöllner, S. 355 m.w.N.

3) Nach Busse, BB 1961, S. 261 f. soll die weisungsgebundene Stimmabgabe nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter zulässig, andernfalls die entsprechende Stimmbindungsverpflichtung gemäß § 275 BGB unmöglich sein. Da er nur auf das Zustandekommen der Willensbildung abstellt und nicht zwischen inhaltlich treuwidriger und rechtmäßiger Stimmabgabe unterscheidet, übersieht er, daß es sich bei der Verpflichtung zu einer objektiv treuwidrigen Stimmabgabe um eine anfängliche Unmöglichkeit nach § 306 BGB handelt.

beim Nachweis der Treuwidrigkeit eine erhebliche praktische Bedeutung haben kann¹. Eine tatsächliche Stimmabgabe bleibt weiterhin möglich. Die Verpflichtung dazu ist wie die anderen Verpflichtungen zu behandeln, die mit Verpflichtungen aus dem Hauptgesellschaftsvertrag kollidieren.

Die Verpflichtung des Hauptbeteiligten gegenüber dem Unterbeteiligten zu einem Verstoß gegen die Treuepflicht zur Hauptgesellschaft könnte aber sittenwidrig und daher gemäß § 138 BGB nichtig sein.

Die Rechtsprechung hat sich mit der Frage kollidierender schuldrechtlicher Verpflichtungen besonders beim doppelten Kaufabschluß über dieselbe Sache beschäftigt. Sie hat dabei dargelegt, daß die Beteiligung eines Dritten an dem Vertragsbruch einer Vertragspartei nicht in jedem Fall, sondern nur beim Vorliegen besonderer Umstände sittenwidrig sei². Die Kenntnis des anderen Teils allein macht das zweite Geschäft noch nicht sittenwidrig³. Besondere Umstände, die das Verhalten der Parteien als sittenwidrig erscheinen lassen, hat das RG in der Verleitung zum Vertragsbruch oder in dem planmäßigen Zusammenwirken mit dem Vertragsbrüchigen erblickt⁴. Es sei davon auszugehen, daß der Vertragsbruch und seine Unterstützung zwar stets einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstelle, nicht aber notwendig zugleich sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB⁵ sei⁶.

Die Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten wiegt aber, wie der BGH⁷ darlegt, bei einer Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit schwerer als die Verletzung einfacher schuldrechtlicher Vertragspflichten, wie etwa die Verletzung der Ver-

1) Vgl. Zöllner S. 355.

2) RGZ 62, S. 137; 88, S. 366; 90, S. 350, 355; JW 1935, S. 3300.

3) Erman-Westermann § 138 Anm. 11 z. jj; a.A. Coing NJW 1948, S. 223, 225.

4) RGZ 62, S. 137.

5) Die Voraussetzungen des § 138 BGB sind zwar nicht mit denen des § 826 BGB identisch, aber der Unwert der Regelung ergibt sich hier ebenfalls aus der vorhersehbaren Auswirkung des Geschäfts auf Dritte, vgl. Larenz, Allg. Teil, S. 432.

6) BGHZ 12, S. 308 ff., RAG 3, S. 145.

7) BGHZ 12, S. 308 ff.

pflichtung aus dem Kaufvertrag. Zu Recht weist der BGH in diesem Zusammenhang auf die Strafbestimmung des § 266 StGB hin, die der Verletzung eines besonderen Treueverhältnisses gegenüber der Verletzung einfacher schuldrechtlicher Vertragspflichten ein entscheidendes Gewicht beimißt. Diese Beurteilung gilt in gleicher Weise auch im Bereich der Sittenwidrigkeit, wo ja gerade auf Normen außerhalb des Zivilrechts Bezug genommen ist. Die Beteiligung an der Verletzung einer gesellschaftlichen Treuepflicht ist daher eher sittenwidrig als die Beteiligung an einem einfachen Vertragsbruch¹. Der BGH stellt deshalb zutreffend fest, daß die Verleitung zu einem Vertragsbruch, die in der Person des Vertragsbrüchigen einen schweren Verstoß gegen die gesellschaftliche Treuepflicht enthalte, sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB sei².

M.E. ist dabei zur Feststellung eines "schweren" Verstoßes im Anschluß an die strafrechtliche Unterscheidung folgende Differenzierung hilfreich: Soweit sich der Gesellschafter zum Mißbrauch³ von Rechten verpflichtet, die ihm durch den gesellschaftlichen Zusammenschluß erst eingeräumt sind, wie des Stimm- und Informationsrechts, ist eine solche Verpflichtung in der Regel sittenwidrig⁴. Die Verpflichtung zu einem treuwidrigen Handeln, das nicht in dem Mißbrauch solcher Rechte besteht, ist dagegen nicht ohne weiteres sittenwidrig.

Auch das HGB geht in § 113 grundsätzlich von der Wirksamkeit wettbewerbswidriger Vereinbarungen aus. Auch solche Vereinbarungen können freilich sittenwidrig sein, wenn zusätzliche Umstände hinzutreten.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß in den meisten Fällen eine Kollision der Verpflichtungen des Hauptbeteiligten

1) Nach Palandt-Danckelmann § 138 Anm. 5 b, bb sind alle treubuchfördernden Geschäfte sittenwidrig.

2) BGHZ 12, S. 308 ff., 320.

3) Es handelt sich allerdings nicht um ein überschießendes rechtliches Können, das nach der neueren Rspr. allein den Mißbrauchstatbestand erfüllt, vgl. Schönke-Schröder, Komm. zum StGB, § 266, Anm. 11 m.w.N., sondern nur um ein tatsächliches Können.

4) Im Einzelfall wird man auch die unterschiedliche Intensität des Treueverhältnisses berücksichtigen müssen.

aus dem Hauptbeteiligungsverhältnis und dem Unterbeteiligungsverhältnis nur scheinbar besteht; die Verpflichtungen aus dem Unterbeteiligungsverhältnis sind durch hauptgesellschaftskonforme Auslegung soweit einzuschränken, als sie den Verpflichtungen aus dem Hauptgesellschaftsverhältnis widersprechen. Soweit das nicht möglich ist, ist eine Verpflichtung zu einem treuwidrigen Gebrauch hauptgesellschaftlicher Rechte in der Regel sittenwidrig. Die Verpflichtung zu einem Handeln, das einen sonstigen Verstoß gegen die hauptgesellschaftliche Treuepflicht darstellt, kann bei Hinzutreten weiterer Umstände sittenwidrig sein.

IV. Verhältnis der Unterbeteiligung zu anderen Beteiligungsformen

1. Stille Gesellschaft an der Hauptgesellschaft

Der grundsätzliche strukturelle und begriffliche Unterschied zwischen Unterbeteiligung und stiller Gesellschaft wurde oben¹ schon ausführlich dargelegt. Die praktische Abgrenzung zwischen der Unterbeteiligung an einem Handelsgesellschaftsanteil und der stillen Gesellschaft an dieser Handelsgesellschaft kann aber Schwierigkeiten bereiten. Das gilt besonders für die sogenannte offengelegte Unterbeteiligung², die den Hauptgesellschaftern bekannt oder von ihnen auch ausdrücklich gebilligt ist³. Für den Inhalt des Gesellschaftsverhältnisses kann im allgemeinen die Bezeichnung, die die Vertragsschließenden ihm gegeben haben, kein entscheidendes Gewicht haben, sondern höchstens ein gewisses Anzeichen dafür sein, was die Vertragsschließenden gewollt haben. Entscheidend ist insoweit die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrags⁴.

Eine Unterbeteiligung liegt grundsätzlich dann vor, wenn Ansprüche und Rechte nur gegen einen Gesellschafter geltend gemacht werden können⁵; der Unterbeteiligte hat einen Anspruch auf den Gewinnanteil und das Auseinandersetzungsguthaben oder

1) Siehe oben S. 21 ff.

2) Vgl. unten S. 72.

3) In der Entscheidung des BGH WM 1966, S. 188 ff. konnte diese Frage nicht geklärt werden.

4) BGH WM 1966, S. 188, 190.

5) Vgl. Janberg DB 1953, S. 77.

auf Rechnungslegung über den Gesellschaftsanteil nur gegen den Hauptbeteiligten. Der stille Gesellschafter kann diese Rechte gegen die Gesellschaft selbst geltend machen. Er hat z.B. stets eigene Kontrollrechte gegen die Gesellschaft. Ebenso hat den Gewinn- und Auseinandersetzungsanspruch die Hauptgesellschaft zu erfüllen. Allerdings können auch einem Unterbeteiligten ausnahmsweise gewisse Mitverwaltungsrechte, wie Informations- und Stimmrechte, in der Hauptgesellschaft eingeräumt werden¹. Als Abgrenzungsmerkmal bleibt dann, ob sich der Gewinnanteil nach einem Hauptgesellschaftsanteil oder nach der Hauptgesellschaft bemißt. Einen Hinweis auf eine stille Gesellschaft kann hier die Einrichtung eines eigenen Kapitalkontos für den Dritten in der Hauptgesellschaft liefern. Ein Indiz für die Unterscheidung kann auch sein, wer die Gegenleistung für die Unterbeteiligung erhält²; wenn nur ein Gesellschafter, nicht aber das Gesellschaftsvermögen begünstigt werden soll, so wird man eher annehmen, daß nur eine Absprache mit einem Gesellschafter und somit eine Unterbeteiligung vorliegt³.

2. Treuhänderische Beteiligung

Die Unterbeteiligung steht, ebenso wie die stille Gesellschaft, im Spannungsfeld zwischen dem partiarischen Rechtsgeschäft und der Treuhand. Die Akzente verschieben sich dabei nach der einen oder anderen Seite, je nachdem, ob die Beteiligung überwiegend kapitalistisch ausgestaltet ist oder das Mitgliedschaftsinteresse stärker auf den Unterbeteiligten verlagert ist.

Hält der Gesellschafter den Anteil nur für einen Hintermann, sei es eigen- oder uneigennützig, so besteht zwischen den Parteien kein Gesellschaftsverhältnis, da das Erfordernis der vertraglichen Zweckgemeinschaft fehlt. Vielmehr nimmt der Inhaber des Gesellschaftsanteils seine Gesellschafterrechte im

1) Siehe unten S. 109 ff.

2) Mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter kann der Gesellschafter hierfür aber auch einen Teil seiner Einlage als Einlage des Dritten als stiller Gesellschafter abbuchen lassen, vgl. Hueck NJW 1953, S. 139 und in ZHR 83, S. 27 f.; Koenigs S. 78.

3) Vgl. Wiedemann S. 313.

eigenen Namen, aber im fremden Interesse wahr, also treuhänderisch¹. Rechtsgeschäftliche Grundlage ist dabei ein Geschäftsbesorgungsvertrag bzw. ein Auftrag, sofern Unentgeltlichkeit vorliegt².

Im Innenverhältnis³ besteht der Unterschied zwischen Treuhand und Unterbeteiligung somit darin, daß der Treuhänder völlig im Interesse des Treugebers handelt, während der Hauptbeteiligte nur teilweise im Interesse des Unterbeteiligten tätig wird, nämlich hinsichtlich dessen Beteiligung⁴. Das Interesse von Haupt- und Unterbeteiligten ist ein gemeinsames, weil der Hauptgesellschaftsanteil die Zusammenfassung der internen Anteile des Hauptbeteiligten und des Unterbeteiligten ist und daher nur einheitlich verwaltet werden kann.

Da der Hauptbeteiligte also auch den internen Anteil des Unterbeteiligten hält, ist er partieller Treuhänder⁵. Auch dann, wenn er seinen Anteil im Innenverhältnis vollständig durch Abgabe mehrerer Unterbeteiligungen abtritt und kein eigenes Interesse mehr an der Verwaltung des Anteils hat, bleibt er gegenüber jedem einzelnen Unterbeteiligten nur partieller Treuhänder und deshalb Gesellschafter, da er gegenüber jedem einzelnen Unterbeteiligten die Interessen der anderen Unterbeteiligten gewissermaßen als eigene mit wahrzunehmen hat. Anders, wenn ihm alle Unterbeteiligten als Gesellschaft gegenüberstehen. Hier nimmt der Gesellschafter treuhänderisch die Interessen des Beteiligungskonsortiums wahr. Man bezeichnet ihn dann als "Gestionsgesellschafter"⁶.

Diesen Unterschied übersieht m.E. das RG⁷. In dem entschiedenen Fall hielt der Hauptbeteiligte ursprünglich einem GmbH-Anteil

1) Vgl. Westermann, Handbuch, Bem. I 113.

2) Heining GmbHRSch 1954, S. 101.

3) Der Treugeber kann außerdem besondere quassidingliche Rechte in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs des Treuhänders haben, nach h.M. (vgl. Serick II 1 S. 82 m.w.N. in Fn. 82) jedoch nur, wenn der Treuhänder die Gesellschafterstellung unmittelbar von ihm erhalten hat, krit. dazu z.B. Reinhardt-Erlinghagen JuS 1962, S. 41 ff., 48; Thomas NJW 1968, S. 1705, 1709; Palandt-Degenhart Einf. vor § 929 Anm. 7 B m.w.N.

4) Janberg DB 1953, S. 77, 78; Bühler S. 105 ff.; Westermann, Handbuch, Bem. I 113.

5) Kastner JBl 1965, S. 72, 73; BFH BStBl 1959 III, S. 249; allgemein für die Innengesellschaft OLG Frankfurt BB 1969, S. 1411.

6) Janberg DB 1953, S. 78.

7) RG Warn. 1931 Nr. 51.

für fünf Kapitalgeber. Später übernahm er die Beteiligung zweier Geldgeber. Nach Ansicht des RG bestand weder zwischen dem Hauptbeteiligten und den Geldgebern noch zwischen dem Hauptbeteiligten und jedem der Geldgeber eine Gesellschaft. Die Geldgeber seien vielmehr nur Auftraggeber. M.E. lagen zwei andere Lösungen näher: Bestanden zwischen dem Hauptbeteiligten und jedem der Geldgeber gesonderte Rechtsverhältnisse, so waren dies von Anfang an Gesellschaften¹. Bestand zwischen dem Hauptbeteiligten auf der einen und den übrigen Personen auf der anderen Seite ein Rechtsverhältnis, so handelte es sich zunächst um ein Treuhandverhältnis, das sich aber in eine Unterbeteiligung umwandelte, als der Hauptbeteiligte selbst die Beteiligung zweier Geldgeber übernahm und somit den Gesellschaftsanteil nicht mehr nur im fremden, sondern auch im eigenen Interesse verwaltete und die Verwaltung des GmbH-Anteils daher notwendig im gemeinsamen Interessen geschah².

Daraus, daß die Unterbeteiligung partielle Treuhand ist, ergeben sich die Gemeinsamkeiten und Unterschiede. Gemeinsam ist beiden das Einwirkungsproblem; der Hauptgesellschaftsvertrag ergänzt und begrenzt das Innenverhältnis³.

Der Unterschied besteht darin, daß sich im Rahmen der Möglichkeiten des Hauptgesellschaftsvertrags die Verwaltung des Gesellschaftsanteils allein nach den Interessen des Treugebers bestimmt. Bei der Unterbeteiligung muß dagegen ein Interessenausgleich zwischen dem Unterbeteiligten und dem Hauptbeteiligten gefunden werden, soweit ihre Interessen nicht übereinstimmen, da der Zweck des Zusammenschlusses die gemeinsame Haltung des Hauptgesellschaftsanteils ist.

3. Partiarisches Darlehen

Auch beim partiarischen Darlehen fehlt es an einem Zusammenschluß zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks. Der partiarische

1) Vgl. auch Paulick JuS 1967, S. 488.

2) Um einen Grenzfall handelte es sich m.E. auch im Falle des BGHZ 3, S. 354 ff., wo dem Treugeber im Innenverhältnis nur 85% des KG-Anteils zustehen sollten.

3) S. o. S. 35 ff.

Darlehensgeber erbringt seine Leistung zum Austausch gegen die Beteiligung am Gewinn des Gesellschaftsanteils. Zumeist wird dabei ein Mindestzinssatz festgelegt. Der Gesellschafter als Darlehensnehmer betreibt die Geschäfte für sich selbst, nicht für den Kreditgeber. Für eine Unterbeteiligung sprechen demgegenüber die Bezeichnung des Vertrags als Gesellschaftsvertrag, die Beteiligung des Dritten am Verlust und an der Substanz des Hauptgesellschaftsanteils und vor allem die Einräumung von Kontrollrechten und internen Mitverwaltungsrechten. Im konkreten Einzelfall kann dabei die Feststellung, ob ein Gesellschaftsverhältnis vorliegt oder ein reines Austauschverhältnis, erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Es kommt auf eine Würdigung der Gesamtumstände an¹.

4. Abtretung der Beteiligung

Die Abgrenzung der Unterbeteiligung von der Vollabtretung der Beteiligung dürfte kaum Schwierigkeiten bereiten, da diese andere rechtliche und wirtschaftliche Zwecke verfolgt². Wirtschaftlich entspricht der Unterbeteiligung eher die Teilabtretung eines Gesellschaftsanteils. Bei dieser wird eine Gesellschafterstellung in der Hauptgesellschaft für den Zessionar unter Verminderung des Gesellschaftsanteils des Zedenten neu geschaffen. Für die Teilabtretung ist deshalb auch die Zustimmung aller Gesellschafter notwendig. Das folgt für die OHG und KG aus § 717 BGB und ist für die GmbH in § 17 GmbH ausdrücklich festgelegt.

Der Unterbeteiligte tritt dagegen nicht in unmittelbare Beziehungen zu der Hauptgesellschaft und den Hauptgesellschaftern, sondern ist nur im Innenverhältnis hinsichtlich seiner Quote an dem Anteil des Hauptbeteiligten beteiligt.

Wegen der wirtschaftlich ähnlichen Zielsetzung kann die Teilabtretung eines Gesellschaftsanteils in eine Unterbeteiligung an

1) Böttcher-Zartmann S. 50; Bopp S. 27; Greifeld S. 21; Pöllinger S. 25; zum gleichliegenden Abgrenzungsproblem bei der stillen Gesellschaft vgl. BGH WM 1967, S. 321 m.w.N.; 1965. S. 1052; LM Nr. 1 zu § 335 HGB; Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 23; Koenigs S. 28; Kühnle, insbes. S. 134 ff.; Paulick S. 87; Soegel-Schultze-v.Lasaulx Vorb.15 vor § 705; Weipert § 335 Anm. 40.
2) Vgl. dazu Janberg DB 1953, S. 78; Pöllinger S. 24.

diesem Gesellschaftsanteil umzudeuten sein, wenn die Genehmigung der Teilabtretung durch die Hauptgesellschafter versagt wird¹.

5. Abtretung des Gewinn- oder Auseinandersetzungsanteils

Von der Unterbeteiligung ist auch die völlige oder teilweise Abtretung des Gewinn- oder Auseinandersetzungsanspruchs zu unterscheiden. Es handelt sich hier um die Abtretung einzelner Vermögensansprüche, die aus der Mitgliedschaft an einem Gesellschaftsverhältnis entspringen. Die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen ist für die Personengesellschaften in § 717 II BGB (§§ 105 II, 161 II HGB) ausdrücklich klargestellt. Durch die Abtretung des Gewinn- und Auseinandersetzungsanspruchs tritt der Zessionar hinsichtlich dieser Forderungen in die Rechtsstellung des Hauptgesellschafters ein und tritt damit in unmittelbare Beziehung zur Hauptgesellschaft.

Durch eine Teilabtretung dieser Forderungen wird aber noch kein Gesellschaftsverhältnis begründet. Der Zessionar erhält weder gegenüber der Gesellschaft noch gegenüber dem Gesellschafter irgendwelche gesellschaftlichen Mitverwaltungsrechte². Die Teilabtretung der Vermögensansprüche kann freilich zur Unterbeteiligung hinzukommen. Der Unterbeteiligte kann durch eine Abtretung der auf ihn entfallenden Vermögensbezüge besonders gesichert werden³. Die Abtretung begründet dann aber kein Gesellschaftsverhältnis, sondern tritt zu ihm hinzu.

6. Nießbrauch

Der Nießbrauch an einem Gesellschaftsanteil⁴ hat mit der Unterbeteiligung gemeinsam, daß er dem Berechtigten die Nutzung des

1) Vgl. BGHZ 50, S. 316, 318 und unten S. 82 ff.

2) Bopp S. 28; Pöllinger S. 25; Staudinger-Geiler Anh. zu §§ 705 ff. Anm. 74.

3) Westermann, Handbuch Bem. I 944.

4) Vgl. dazu Bunke, DNotZ 1968, S. 5 ff.; v. Godin S. 87 ff.; Wiedemann S. 398 ff. m.w.N.; Sudhoff NJW 1971, S. 481 ff.

Hauptgesellschaftsanteils gewährt, vgl. §§ 1068, 1030 BGB.

Zu unterscheiden sind der Nießbrauch am Ertrag¹ und der Nießbrauch an der Beteiligung². Der Nießbrauch am Ertrag gewährt dem Nießbraucher nur die abtretbaren Früchte der Beteiligung, also den Gewinn und eventuell das Auseinandersetzungsguthaben³. Er entspricht also etwa der Abtretung dieser Ansprüche mit den Einschränkungen der §§ 1068, 1038 ff. BGB. Zur besseren Wahrnehmung seiner Interessen kann dem Nießbraucher, insbesondere wenn er den Nießbrauch nur an einem Teil des Ertrags hat, wieder eine Unterbeteiligung eingeräumt werden.

Der Gesellschafter einer Personengesellschaft kann einem anderen die Nutzung der Beteiligung nur in der Weise einräumen, daß er den Gesellschaftsanteil an diesen treuhänderisch überträgt⁴. Im Innenverhältnis können dambesondere Abreden getroffen werden, die dem Treuhänder die Nutzung des Anteils gewähren, ihn aber schuldrechtlich den Beschränkungen eines Nießbrauchers unterwerfen und ihn insbesondere verpflichten, die Gesellschafterstellung nach Beendigung des Nutzungsverhältnisses wieder zurückzuübertragen. Es handelt sich in diesen Fällen also nicht um einen Nießbrauch⁵, da die hierfür charakteristische Aufspaltung des Rechts fehlt, sondern um eine besondere Art der treuhänderischen Übertragung, bei der lediglich im Innenverhältnis die Stellung des Treuhänders der eines Nießbrauchers möglichst weitgehend angeglichen wird. Ebenso ist die Einräumung der Nutzung eines Teils der Beteiligung an einer Personengesellschaft nur durch eine treuhänderische Teilabtretung möglich; der Treugeber bleibt mit dem anderen Teil der Beteiligung Gesellschafter⁶.

- 1) Bunke DNotZ 1968, S. 10 ff.; v. Godin S. 88; Soergel-Baur § 1068 Bem. 7.
- 2) Baumbach-Duden § 105 Anm. 1 G; v. Godin S. 87; Hueck OHG S. 292; v. Schilling DB 1954, S. 561; Siebert BB 1956, S. 837 und 1126; Weipert § 130 Anm. 19.
- 3) Der Ausdruck Nießbrauch paßt hier nicht ganz, da dem Nießbraucher nicht nur die Nutzung der Früchte, sondern diese selbst zustehen sollen.
- 4) Vgl. auch Baumbach-Duden § 105 Anm. 1 G; v. Godin S. 87; Hueck, OHG S. 292; Soergel-Baur § 1068 Bem. 7 f.; Bunke DNotZ 1968, S. 5 ff., die dieses Rechtsverhältnis jedoch gem. weitgehend herrschender Praxis unzutreffend als Nießbrauch bezeichnen.
- 5) So zutreffend Wiedemann S. 401.
- 6) Vgl. Bunke DNotZ S. 8; Hueck, OHG S. 292.

Bei der Bestellung eines Nießbrauchs an Kapitalgesellschaftsanteilen bleibt dagegen der Besteller weiterhin Mitglied der Hauptgesellschaft und übt auch das Stimmrecht aus¹, sofern nicht mit Zustimmung der Mitgesellschafter Abweichendes vereinbart ist. Auch hier sind zusätzliche Vereinbarungen zwischen dem Besteller und dem Nießbraucher möglich.

7. Beteiligungsgesellschaft

Von der Unterbeteiligung zu unterscheiden ist auch die Beteiligungsgesellschaft². Hier ist der Verband als solcher Mitglied der Obergesellschaft; die Unterbeteiligung ist Innengesellschaft, die Beteiligungsgesellschaft dagegen Außengesellschaft. Eine Beteiligungsgesellschaft ist etwa die an einer KG beteiligte OHG oder GmbH. Die Beteiligungsgesellschaften üben ihre Rechte in der Obergesellschaft durch Vertreter aus. Die Rechtsstellung dieser Vertreter richtet sich nach der Organisation der Beteiligungsgesellschaft. Danach bestimmt sich auch, ob ein Gesellschafter aus der Beteiligungsgesellschaft durch Kündigung oder Anteilsübertragung ausscheiden darf. Im Handelsregister ist die Beteiligungsgesellschaft als solche einzutragen.

8. Repräsentation mehrerer Gesellschafter

Abzugrenzen ist von der Unterbeteiligung auch die Repräsentation mehrerer Gesellschafter durch einen Dritten. Im Hauptgesellschaftsvertrag kann festgelegt werden, daß sich einzelne Gesellschafter, etwa die Mitglieder der Stämme bei Familiengesellschaften, in bestimmtem Umfang vertreten lassen müssen. Auch diese repräsentierten Gesellschafter bleiben stets Gesellschafter und werden als solche in das Handelsregister eingetragen oder dem Registergericht bekannt gegeben. Sie behalten ein selbständiges Kündigungsrecht. Wenn die Anteilsübertragung zustimmungsbedürftig ist, ist die Zustimmung aller Gesellschafter, nicht nur der repräsentierten, erforderlich³.

1) Im einzelnen streitig, vgl. Wiedemann S. 397 ff., 408 ff. m.w.N.

2) Vgl. Wiedemann S. 387.

3) Wiedemann S. 387 f.; Paulick JuS 1967, S. 481, 488; vgl. auch Hueck ZHR 125, S. 13.

Daneben können sich einzelne Gesellschafter zu freiwilligen Interessengemeinschaften zusammenschließen; z.B. können mehrere Kommanditisten eine BGB-Gesellschaft bilden zur Wahrung gemeinsamer Belange. Dieser Zusammenschluß besteht dann unabhängig von der Mitgliedschaft der einzelnen Gesellschafter in der Hauptgesellschaft¹.

C. Die wirtschaftliche Bedeutung der Unterbeteiligung

I. Allgemeine Gründe zum Abschluß eines Unterbeteiligungsvertrages

Wirtschaftlicher Zweck der Unterbeteiligung ist die Beteiligung eines anderen am wirtschaftlichen Wert und Risiko eines Gesellschaftsanteils². Dieser Zweck würde am umfassendsten dann erreicht, wenn der Gesellschaftsanteil geteilt würde und der neu zu beteiligende als Mitgesellschafter in die Gesellschaft einträte. Die Unterbeteiligung als schwächere Form der Beteiligung wird daher vornehmlich dann gewählt, wenn eine solche Teilung des Anteils rechtlich nicht möglich oder für den Haupt- oder Unterbeteiligten nicht zweckmäßig ist. Die Unterbeteiligung kann auch von Bedeutung sein, wenn eine Übertragung des Gesellschaftsanteils nicht möglich ist. Ist jedoch die volle Übertragung des Anteils an einen einzelnen beabsichtigt, so bietet eher die schuldrechtliche Treuhand Ersatz³.

Die Teilung des Gesellschaftsanteils ist unmöglich, wenn sie der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedarf und diese Zustimmung versagt wird. Die Teilung bedeutet Aufnahme eines neuen Gesellschafters. Sie bedarf daher bei Personengesellschaften der Zustimmung aller Gesellschafter, vgl. §§ 717, 719 BGB. Für die GmbH ergibt sich die Zustimmungsbedürftigkeit bei Teilung eines Anteils ausdrücklich aus § 17 GmbHG.

1) Vgl. Fischer in LM Nr. 7 zu § 161 HGB; für den Zusammenschluß mehrerer stiller Gesellschafter Paulick S. 50; Flechtheim § 335 Anm. 37.

2) Statt aller Staudinger-Geiler Anh. zu §§ 705 ff. Anm. 74.

3) Böttcher-Zartmann S. 73; Janberg DB 1953, S. 78.

Die an sich mögliche Teilung kann u.U. auch den Interessen der Beteiligten nicht entsprechen, etwa wenn der Hauptbeteiligte in vollem Umfang seine Stellung in der Hauptgesellschaft beibehalten will und eine Zersplitterung des Anteils vermeiden will. Auch für den Unterbeteiligten kann es unzweckmäßig sein, Gesellschafter der Hauptgesellschaft zu werden, wenn die Beteiligung geheim gehalten oder nur vorübergehend eingegangen werden soll oder auf die umständliche Einhaltung der für die Abtretung notwendigen Form und das Einholen der Zustimmung verzichtet werden soll.

Durch die Einräumung einer Unterbeteiligung, d.h. die interne Beteiligung eines Dritten an seinem Anteil, insbesondere am Gewinn und am Auseinandersetzungsguthaben, kann ein Gesellschafter dann einen wesentlichen Wert seiner Beteiligung realisieren, obgleich er in vollem Umfang Mitglied der Hauptgesellschaft bleibt¹.

II. Das Vorkommen von Unterbeteiligungen

Die Unterbeteiligung ist eine im Wirtschaftsleben häufige Erscheinung. Das zeigt schon ein Blick auf die jüngste Steuerrechtsprechung². Sie wird in der Regel der Allgemeinheit nicht offenbar, weil sie eine Innengesellschaft ist und sich deshalb auf die internen Beziehungen der Gesellschafter beschränkt. Vielfach wird auch die Verschwiegenheit ausdrücklich vereinbart³. Oft ist es gerade der Zweck einer Unterbeteiligung, das Beteiligungsverhältnis der Öffentlichkeit und der Hauptgesellschaft

1) Vgl. Böttcher-Zartmann S. 74.

2) Vgl. BFH BStBl 1968, II S. 669; 1966 III, S. 389; 1966 III, S. 423; 1965 III, S. 260; BB 1964, S. 1285; BStBl 1963 III, S. 212; 1962 III, S. 337; ausführliche Rechtsprechungsnachweise S. o.S.6.

3) Vgl. das Muster von Model-Haegele Bem. 1167 (§ 4 III), Böttcher-Zartmann S. 33.

gegenüber¹ geheimzuhalten. Auch die häufige Vereinbarung einer Schiedsklausel begünstigt die Geheimhaltung der Unterbeteiligung im Streitfalle.

1. Zusammenschluß mehrerer zum Erwerb eines gemeinsamen Anteils
Wenn für eine Person die zu erbringende Einlage zu hoch ist und die Aufnahme mehrerer Gesellschafter mit kleineren Anteilen nicht zulässig ist; kann es sinnvoll sein, wenn sich mehrere Personen zum Erwerb eines gemeinsamen Anteils zusammenschließen². Auch kann beim gemeinsamen Erwerb der Gedanke der Risikoverteilung im Vordergrund stehen. Für den an einem OHG-Anteil Unterbeteiligten kann dabei die Überlegung bedeutsam sein, daß er sein Risiko auf den Verlust der "Einlage" beschränken kann.

In solchen Fällen erwirbt dann ein Gesellschafter den Gesellschaftsanteil und räumt dem anderen eine Unterbeteiligung in Höhe seines internen Anteils ein.

Die Unterbeteiligung kann dabei je nach Zweckrichtung unterschiedlich ausgestaltet werden. Haben sich die Beteiligten auf Dauer zum Erwerb des Gesellschaftsanteils zusammengeschlossen, so wird häufig der Unterbeteiligte dem Hauptbeteiligten intern möglichst weitgehend gleichgestellt werden. Ist der Unterbeteiligte dagegen lediglich Kapitalgeber für den Hauptbeteiligten, die Unterbeteiligung deshalb nur ein Finanzierungsmittel, so wird die Unterbeteiligung mehr kapitalistisch, ohne interne Mit-

1) Diese Möglichkeit hat allerdings durch die Entscheidung des BFH vom 4.4.1968, BStBl 1968 II S. 669 ihre praktische Bedeutung verloren, da hiernach nur die offengelegte Unterbeteiligung steuerlich berücksichtigt werden kann. Gegen diese Entscheidung hat sich die gesamte Literatur gewandt, vgl. Peter S. 278 m.w.N., Esch BB 1968, S. 1280 ff., die geltend macht, das Urteil bedeutete eine Überspannung der Bilanzbündelungstheorie (§ 215 II AO) und einen unberechtigten Eingriff in den Grundsatz des Steuergeheimnisses (§ 22 AO). Die Finanzbehörden wenden die Entscheidung für bis zum 31.12.1970 endende Wirtschaftsjahre noch nicht an. Außerdem soll geprüft werden, ob die Frage erneut dem BFH vorgelegt werden soll, vgl. die Erlasse der obersten Finanzbehördender Länder vom 10.6.1969 (BStBl 1969 I S. 342).

2) Vgl. RG JW 1906, S. 401; LZ 1915, S. 1011, 1012; Warn. 1931 Nr. 51; Bolze 8 Nr. 540; OLG Braunschweig LZ 1908, Sp. 554; Greifeld S. 8.

spracherechte, ausgestaltet werden. Für den Kapitalgeber kann dabei die Möglichkeit reizvoll sein, an Substanz und Ertrag des Anteils mitbeteiligt zu werden, anstatt lediglich als Darlehensgeber eine Geldforderung zu besitzen, u.U. auch wegen der Besorgnis der Geldentwertung¹.

2. Beteiligung in getarnter Form

Die Wahl der Unterbeteiligung kann auch dann sinnvoll sein, wenn die Beteiligung geheimgehalten werden soll und eine stille Beteiligung an der ganzen Gesellschaft nicht möglich ist. Der Unterbeteiligte kann z.B. ein Interesse an der Geheimhaltung haben, wenn er Einzelhändler beliefert und sich an einem dieser Betriebe beteiligen will. Er würde andere Einzelhändler als Kunden verlieren, wenn er als ihr Konkurrent in Erscheinung träte².

3. Beteiligung von Mitarbeitern, insbesondere des mitarbeitenden späteren Nachfolgers

Im Wirtschaftsleben kommen auch Unterbeteiligungen von Personen vor, die mit dem Hauptbeteiligten zusammen oder auch für den Hauptbeteiligten die Geschäfte in der Hauptgesellschaft führen; der Ehemann³ oder die Ehefrau⁴ arbeitet in der Gesellschaft mit, an der der andere Ehepartner beteiligt ist; der nicht zur Mitarbeit geeignet oder bereite Gesellschaftererbe hat einen Mitarbeiter zu stellen. Dieser möchte an den Ergebnissen seiner Tätigkeit beteiligt sein, die Mitgesellschafter lehnen aber die Aufnahme in die Gesellschaft ab. Der Gesellschaftererbe kann den Dritten dann unterbeteiligen⁵. Auch der zukünftige Nachfolger eines Gesellschafters wird oft schon vor dessen Ausscheiden in dem Betrieb der Hauptgesellschaft

1) Vgl. Böttcher-Zartmann S. 27 f.

2) Vgl. Westermann, Handbuch, Bem. I 955; weitere Beispiele bei Ziegler S. 12 f.

3) Vgl. FG Düsseldorf EFG 1961, S. 306.

4) Vgl. BFH BStBl 1963 III, S. 211.

5) Vgl. Esch NJW 1964, S. 904; FG Nürnberg DStZ (B) 1956, S. 182.

mitarbeiten. Er soll sich in allen Bereich des Unternehmens einarbeiten, um zu gegebener Zeit die Führungsposition des Unternehmens - meistens seines Vaters - übernehmen zu können. Bis dahin kann er mit den handelsrechtlichen Vollmachten wie Handlungsvollmacht und Prokura ausgestattet werden.

Um den Nachfolger zu verantwortungsvoller Mitarbeit zu erziehen, empfiehlt es sich dann oft für den Hauptbeteiligten, diesem eine Unterbeteiligung als Vorstufe der späteren Gesellschafterstellung in der Hauptgesellschaft einzuräumen. Durch die Beteiligung an Gewinn und Verlust und an der Substanz des Anteils wird der Nachfolger frühzeitig mit dem Schicksal der Hauptgesellschaft verbunden¹.

Die Unterbeteiligung hat gegenüber dem Anstellungsverhältnis und der partiarischen Beteiligung auch steuerliche Vorteile und wird daher in der Praxis oft zusätzlich vereinbart². Bei frühzeitiger Einräumung der Unterbeteiligung kann ferner die Erbmasse verkleinert und ein Pflichtteilsergänzungsanspruch vereitelt werden³, vgl. § 2325 BGB.

Gegenüber der teilweisen Beteiligung des Nachfolgers als Hauptgesellschafter hat die Unterbeteiligung den Vorteil, daß sie ohne Mitwirkung der Mitgesellschafter des Altgesellschafter begründet und beseitigt werden kann und keine Änderung des Hauptgesellschaftsvertrags erforderlich ist.

Nach einer Bewährungszeit kann dem designierten Nachfolger zur Sicherheit ein Recht auf Erwerb des Hauptgesellschaftsanteils eingeräumt werden, etwa nach Ablauf einer bestimmten Zeit oder nach dem Ableben des Hauptbeteiligten. Der Übergang wird noch

1) Ausführlich Römer S. 137 ff.; Westermann, Handbuch, Bem. I 954; Böttcher-Zartmann S. 27; Sudhoff DB 1965, S. 1548.

2) Vgl. BFH BB 1952, S. 877; BB 1964, S. 1285; BStBl 1965 III, S. 260: gleichzeitige Unterbeteiligung der drei Nachfolger der Altgesellschafter, um die nächste Generation in den Betrieb der Gesellschaft einzubeziehen.

3) Sudhoff DB 1961, S. 1573; Wendelstein BB 1970, S. 735

nahtloser, wenn der Altgesellschafter dem Nachfolger noch zu Lebzeiten die Hauptbeteiligung überträgt und sich seinerseits eine Unterbeteiligung einräumen läßt¹. Er behält dadurch einen gewissen Einfluß und kann dem Nachfolger beratend zur Seite stehen, ehe er sich ganz zurückzieht.

4. Unterbeteiligung als Familiengesellschaft zur internen Verteilung des Gesellschaftsanteils

Ein überragendes Bedürfnis zur Errichtung von Unterbeteiligungen besteht dann, wenn der Gesellschaftsanteil wertmäßig mehreren Personen zukommen soll, nach außen aber nur einem Gesellschafter zusteht. Die wertmäßige Teilung kann für den Gesellschafter erwünscht sein, wenn er seine Ehefrau und seine Kinder am Gesellschaftsanteil beteiligen will, sei es zu Lebzeiten zum Zwecke der Ausstattung oder der vorweggenommenen Erbfolge oder als erbrechtliche Anordnung nach seinem Tode, wenn nach dem Hauptgesellschaftsvertrag nur ein Erbe in die Gesellschafterstellung einrückt. Auch aus steuerlichen Gründen kann die wertmäßige Aufteilung des Hauptgesellschaftsanteils zweckmäßig sein². Häufig räumt ein Gesellschafter seinen Angehörigen schon zu Lebzeiten Unterbeteiligungen ein; der Vater will einen Teil seines Gewinnanteils seinen Kindern überlassen und ihnen dazu eine feste rechtliche Grundlage verschaffen. Die Unterbeteiligung kann dann zum Zwecke der Ausstattung und der finanziellen Sicherstellung der Töchter und Söhne oder als Vorstufe für die Nachfolge in die Gesellschafterstellung gewollt sein³. Der Hauptbeteiligte behält sich in solchen Fällen oft eine weitgehende Verfügungsfreiheit über den Anteil vor⁴, insbesondere hinsichtlich der Geschäftsführung und der Gewinnberechnung. Dabei

1) Vgl. RFH RStB1 1933, S. 1014.

2) Zur steuerlichen Behandlung der Unterbeteiligung vgl. Böttcher-Zartmann, S. 113 ff., insbesondere S. 168 ff.; Bopp S. 35 ff.; Düchting BB 1963, S. 808; Esch NJW 1964, S. 2044 ff.; ders. BB 1968, S. 1280 ff.; Krah NJW 1965, S. 897 ff.; Paulick, Handbuch. Bem. III 920 ff.; Ziegler S. 39 ff.; Peter, S. 277 ff.; Lange, Joachim Anm. 52 ff., 83 ff. und in BB 1969, S. 216 ff.

3) Vgl. Böttcher-Zartmann S. 74; Merkel NJW 1966, S. 1552 ff.; aus der Rspr. z.B. BGH WM 1967, S. 685.

4) Vgl. RFH StuW II 1930 Nr. 356.

ist jedoch zu berücksichtigen, daß der Unterbeteiligte nach dem Unterbeteiligungsvertrag mindestens die Möglichkeit haben muß, über den auf ihn entfallenden Gewinnanteil frei zu verfügen, wenn die Unterbeteiligung steuerlich anerkannt werden soll¹.

Der Hauptgesellschafter kann für seine Kinder bzw. Erben eine Unterbeteiligung auch vermächtnisweise einräumen. Praktisch wird das besonders dann bedeutsam, wenn nach dem Hauptgesellschaftsvertrag nur ein Erbe nachrücken kann und dadurch eine unmittelbare gesellschaftliche Beteiligung an der Hauptgesellschaft für die übrigen Erben nicht möglich ist².

Nach der gesetzlichen Erbfolge würde der gesamte Nachlaß, einschließlich des Werts der Gesellschafterstellung, nach den Erbquoten aller Miterben verteilt, § 2047 I BGB. Die beschränkte Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag hat also im Verhältnis der Miterben zueinander nur die Wirkung einer Teilungsanordnung³. Nach dem Gesetz haben deshalb die übrigen Erben gegen den durch die beschränkte Nachfolgeregelung privilegierten Erben einen einmaligen Abfindungsanspruch, §§ 2042, 2047 BGB.

Solche erbrechtliche Ausgleichsansprüche der Miterben sowie der pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge können aus mehreren Gründen unerwünscht sein.

Besonders wenn der Gesellschaftsanteil den wesentlichsten Nachlaßgegenstand des Erblassers bildet, können sofort fällige Ausgleichsansprüche den privilegierten Erben in eine sehr schwierige Lage bringen, was sich mittelbar auch auf die übrigen Gesellschafter nachteilig auswirken kann⁴. Häufig wird eine einmalige

-
- 1) Vgl. BFH BB 1959, S. 751; Böttcher-Zartmann S. 197 ff.
 - 2) Vgl. Böttcher-Zartmann S. 74 ff.; Greifeld S. 8; Paulick JuS 1967, S. 488; Rokas S. 94; Rüthers AcP 168, S. 263, 282 ff.; Schneider-Martin S. 454; Westermann, Handbuch, Bem. I 953.
 - 3) Die rechtliche Konstruktion ist im einzelnen streitig, vgl. Rüthers a.a.O. S. 281 m.w.N.; Lange § 31 V 3, S. 343; Kipp-Coing § 91 IV 8, S. 400 ff.; Rokas S. 90 f.
 - 4) Vgl. Tiefenbacher BB 1958, S. 565, 567; entweder werden der Gesellschaft durch Rückgriff des Gesellschafter-Erben auf sein Kapitalkonto zu hohe liquide Mittel entzogen, oder es droht die Zwangsvollstreckung in den Auseinandersetzungsanspruch. Vgl. auch Wendelstein, BB 1970, S. 735 ff.

Abfindung auch den Absichten des Erblassers nicht entsprechen, der seinen Erben ein auf Dauer berechnetes Beteiligungsverhältnis am Gesellschaftsanteil verschaffen möchte und so die nicht privilegierten Erben dem Gesellschaftsnachfolger möglichst weitgehend gleichstellen möchte.

In solchen Fällen kann die Einräumung einer Unterbeteiligung durch den nachrückenden Gesellschafter zweckmäßig und erstrebenswert sein. Die Unterbeteiligung kann bei entsprechender vertraglicher Ausgestaltung ein Äquivalent für die nach dem Hauptgesellschaftsvertrag nicht mögliche Beteiligung nach Wert und Substanz an der Hauptgesellschaft darstellen. Allerdings sind die erbrechtlichen Ausgleichsansprüche von dem privilegierten Erben entsprechend dem Wert des Gesellschaftsanteils in Geld zu erfüllen; er kann sich deshalb nicht ohne weiteres durch Einräumung einer Unterbeteiligung von dieser Verpflichtung befreien¹.

Der Erblasser kann jedoch eine solche Rechtsgestaltung durch eine letztwillige Verfügung erreichen. Durch Anordnung eines entsprechenden Vermächtnisses, §§ 2147 ff. BGB, kann der Erblasser den Nachfolger-Erben verpflichten, einen vom Erblasser vorgefertigten Unterbeteiligungsvertrag abzuschließen².

In dem Vermächtnis ist der Inhalt des Unterbeteiligungsvertrags festzulegen. Der Erblasser sollte also das Gesellschaftsverhältnis zwischen dem Nachfolger und den weichen Erben genau regeln. Mindestens muß die Regelung nach billigem Ermessen bestimmbar sein, §§ 2156, 315 ff. BGB, da sonst die Anordnung unwirksam ist³. Dabei kann sogar die testamentarische Einsetzung zu Kommanditisten mittels Umdeutung als vermächtnisweise eingeräumter Anspruch auf Abschluß eines Unterbeteiligungsvertrags aufrecht zu erhalten sein⁴.

1) Rokas S. 96; Böttcher-Zartmann S. 76.

2) Rüthers AcP 168, S. 282; Palandt-Keidel Vorb. 4 vor § 2147; OLG Hamm OLGRspr. 44, S. 195, 196 zur Zuweisung eines gesellschaftlichen Zusammenschlusses von Todes wegen.

3) Rüthers AcP 168, S. 282; eine besondere Auflage an den Gesellschafter-Erben, so Böttcher-Zartmann S. 76, ist dazu nicht erforderlich.

4) BGHZ 50, S. 316, 318; ausführlicher s. u. S. 82 ff.

Die Einräumung einer Unterbeteiligung an die Erben kann auch das geeignete Mittel sein, die weichenden Erben stufenweise abzufinden. Dann ist eine Klausel angebracht, in welchen Raten die Abfindung zu erfolgen hat. Auch kann es dabei sinnvoll sein, dem Nachfolger das Recht einzuräumen, die Unterbeteiligung vorzeitig abzulösen¹. Anders, wenn die Unterbeteiligung der langfristigen Sicherung der weichenden Erben dienen soll. Hier kann ein langfristiger Kündigungsausschuß zweckmäßig sein.

5. Einräumung einer Unterbeteiligung zugunsten eines Dritten als Instrument der Einflußnahme

Ist ein Gesellschafter geschäftsunfähig und zur Verwaltung des Geschäftsanteils - noch - nicht fähig, so ist mitunter die ständige Beratung durch einen Dritten angebracht. Um diese für ihn attraktiv zu gestalten, kann es im Einzelfall angebracht sein, ihm eine Unterbeteiligung einzuräumen².

Die Unterbeteiligung als Instrument der Einflußnahme setzt aber voraus, daß der Unterbeteiligte über die wichtigeren Angelegenheiten der Hauptgesellschaft informiert ist. Eine solche Gestaltung ist vor allem dann sinnvoll, wenn der Unterbeteiligte zur Vertretung des Hauptbeteiligten in der Hauptgesellschaft zugelassen ist und ihm damit konsequenterweise auch die notwendigen Informationsmöglichkeiten eingeräumt sind³. Andernfalls muß er sich darauf beschränken, seinen indirekten Einfluß auf die Geschäftsführung geltend zu machen, indem er auf die Willensbildung des Hauptbeteiligten einwirkt. Der Hauptbeteiligte kann dabei durch einen Stimmbindungsvertrag gebunden werden. Da dieser aber wieder die Information des

1) Westermann, Handbuch Bem. I 953.

2) Ausführlich dazu Römer S. 150 ff.

3) Eine Vertretungsklausel hat nur Sinn, wenn dem Vertreter auch eine Unterrichtung der für die Beschlußfassung wesentlichen Tatsachen gestattet ist, vgl. auch Hueck, Nipperdey-Festschrift, S. 421.

Unterbeteiligten voraussetzt, muß der Hauptbeteiligte zur Weitergabe von Informationen berechtigt sein. Es kann daher zweckmäßig sein, einem leitenden Angestellten der Gesellschaft, etwa einem Prokuristen, eine solche Unterbeteiligung einzuräumen, da dieser schon aufgrund seiner Stellung über die erforderlichen Informationen verfügt. Der Möglichkeit, die Unterbeteiligung als Mittel der Einflußnahme zu verwenden, sind daher rechtlich durch die beschränkten Informationsmöglichkeiten Grenzen gezogen.

II. Wirtschaftliche und rechtlich unterschiedliche Unterbeteiligungsformen

Die Unterbeteiligung ist, wie die Übersicht über ihr Vorkommen im Wirtschaftsleben zeigt, je nach der Zweckrichtung unterschiedlich ausgestaltet.

Unterschiedlich kann dabei insbesondere der Umfang der Beteiligung des Unterbeteiligten an den Vermögensrechten und den Verwaltungsrechten, aber auch der Umfang seiner Rechte gegenüber der Hauptgesellschaft sein.

1. Typische und atypische Unterbeteiligung

Da das Gesetz die Unterbeteiligung nicht geregelt hat, erscheint es zunächst willkürlich, eine Form als typische Unterbeteiligung festzulegen. Im Hinblick auf die Parallelen zur stillen Gesellschaft ist es jedoch zweckmäßig, wie oben bereits dargelegt¹, den dem gesetzlichen Typ der stillen Gesellschaft möglichst analogen Typ der Unterbeteiligung als Ausgangstyp zu fixieren und die anderen Arten der Unterbeteiligung als Abweichungen von diesem Typ zu kennzeichnen.

Entsprechend der typischen stillen Gesellschaft, bei der der stille Gesellschafter weder an der Geschäftssubstanz noch an der Geschäftsführung beteiligt ist, kann man daher die analoge Form der Unterbeteiligung, bei der der Unterbeteiligte nur kapitalmäßig und nicht an der Substanz des Anteils beteiligt ist, als typische Unterbeteiligung bezeichnen.

1) S. o. S. 31.

Gegenüber der typischen stillen Gesellschaft haben sich aufgrund der Vertragsfreiheit Sonderformen herausgebildet, die man heute unter der Bezeichnung atypische stille Gesellschaften zusammenfaßt¹.

Entsprechende Sonderformen gibt es auch bei der Unterbeteiligung, die man dann als atypische Unterbeteiligungen bezeichnen kann. So kann dem Unterbeteiligten wie dem stillen Gesellschafter auch eine Beteiligung an den Rücklagen, der Wertsteigerung, dem Geschäftswert, kurz an der Vermögenssubstanz des Geschäftsanteils eingeräumt werden².

Dem Unterbeteiligten können ferner wie dem stillen Gesellschafter Mitwirkungsrechte bei der Geschäftsführung eingeräumt werden. Während jedoch dem stillen Gesellschafter unbegrenzt Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse zugestanden werden können, wird die Möglichkeit, dem Unterbeteiligten interne Geschäftsführungsbefugnisse durch Widerspruchsrechte, Weisungsbefugnisse und Stimmbindungsverträge einzuräumen, durch das Recht der Hauptgesellschaft, insbesondere durch die beschränkte Möglichkeit der Weitergabe von Informationen, begrenzt³.

Auch die Möglichkeit der Vertretung des Hauptbeteiligten durch den Unterbeteiligten besteht nur, wenn das nach dem Recht der Hauptgesellschaft zulässig ist. Die Möglichkeit der Einräumung atypischer Unterbeteiligungen wird also durch das Recht der Hauptgesellschaft begrenzt.

-
- 1) Vgl. Baumbach-Duden §§ 336/7 Anm. 4; Paulick S. 257 ff.; Rasner S. 60 ff.; Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 20a; Siebert NJW 1953, S. 806 ff.
 - 2) Rasner S. 72 f. will diese Abweichung nicht atypisch nennen, da sie keine Strukturveränderungen nach sich ziehe. Demgegenüber ist auf das veränderte Ausmaß der Treuepflicht und der Kontrollrechte hinzuweisen, vgl. Zöllner ZHR 126, S. 162; Aulinger S. 72.
 - 3) Zur Begrenzung durch den Hauptgesellschaftsvertrag s. o. S. 44 ff.

2. Verdeckte und offengelegte Unterbeteiligung

Hinsichtlich der Informations- und der Geschäftsführungsrechte zeigt sich die relativ schwache Position des Unterbeteiligten, der auf die "Schaltstation" des Hauptbeteiligten angewiesen ist.

Das gilt zumindest für die Unterbeteiligungen, die vor der Hauptgesellschaft geheimgehalten werden, die sogenannten verdeckten Unterbeteiligungen. Anders kann es bei Unterbeteiligungen sein, die der Hauptgesellschaft bekannt sind, den sogenannten offengelegten Unterbeteiligungen¹. Allerdings können aus der Tatsache der Offenlegung nicht ohne weiteres rechtliche Schlüsse gezogen werden. Die widerspruchslöse Kenntnisnahme der Hauptgesellschaft kann aber einen Anhaltspunkt dafür geben, daß der Hauptbeteiligte dem Unterbeteiligten Informationen über wichtige Vorgänge der Hauptgesellschaft erteilen darf. Darüber hinaus kann dem Unterbeteiligten ein selbständiges Informationsrecht mit Zustimmung der Hauptgesellschafter in der Hauptgesellschaft eingeräumt werden. Ferner ist auch, zumindest bei den Personalgesellschaften, auf Beschluß der Hauptgesellschaft die Einräumung selbständiger Mitverwaltungsrechte in der Hauptgesellschaft möglich². Der Unterbeteiligte kann dann, was seine Mitverwaltungsrechte angeht, die Stellung eines atypischen stillen Gesellschafters der Hauptgesellschaft erhalten. Die vermögensrechtlichen Ansprüche richten sich freilich stets nach denen des Hauptgesellschaftsanteils.³

-
- 1) Die Unterscheidung spielt im Steuerrecht eine wichtige Rolle. Nach BFH BStBl II 1968, S. 669 kann, abweichend von der bisherigen Rechtsprechung und Lehre, nur die offengelegte Unterbeteiligung steuerliche Berücksichtigung finden; hiergegen Esch BB 1968, S. 1280 ff.; vgl. oben S. 63.
 - 2) S. u. S. 109 ff.
 - 3) Zur Abgrenzung von Unterbeteiligung und stiller Gesellschaft s. o. S. 52 f.

Zweiter Teil

Die Rechtsverhältnisse im einzelnen

A. Errichtung der Unterbeteiligung

I. Zulässigkeit

1. Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit

Nach Abschluß des Unterbeteiligungsvertrages verwaltet der Hauptbeteiligte seinen Anteil nicht mehr für sich allein, sondern teilweise, vielleicht sogar überwiegend, auch für einen gesellschaftsfremden Dritten. Unterbeteiligung ist, wie bereits ausgeführt¹, partielle Treuhand. Sie kann im Verhältnis zur Hauptgesellschaft zur vollständigen Treuhand werden, wenn der Hauptbeteiligte mehrere Unterbeteiligungen in der Weise einräumt, daß er selbst nicht mehr an Gewinn und Substanz des Anteils beteiligt ist². Gegen die Zulässigkeit von Unterbeteiligungen lassen sich daher ähnliche Bedenken vorbringen wie gegen die Zulässigkeit der Treuhand³.

In beiden Fällen wirken die Interessen Dritter auf die Verwaltung des Gesellschaftsanteils ein. Nach Baumbach-Duden⁴ verstößt deshalb die Einräumung einer Unterbeteiligung wie einer treuhänderischen Beteiligung an einem Personengesellschaftsanteil im Zweifel gegen die Treuepflicht des Hauptbeteiligten aus dem Hauptgesellschaftsvertrag. Der Gesellschaftsvertrag setze im Zweifel Gesellschafter im Eigeninteresse voraus. Der Gesellschafter einer OHG und KG, auch der Kommanditist, - sinngemäß gilt das auch für den Inhaber eines vinkulierten GmbH-Anteils, - dürfe nur im Eigeninteresse tätig

1) S.o. S. 55.

2) S.o. S. 55; vgl. auch die Beispiele bei Merkel NJW 1966, S. 1552 und Herzfeld AcP 137, S. 274.

3) Die Frage nach der Zulässigkeit wegen Umgehung der Abtretungserfordernisse soll aber bei der m.E. hierfür zentralen Frage der Zulässigkeit der Stimmabgabungsverträge behandelt werden.

4) Baumbach-Duden § 105 Anm. 1 F und H.

werden. Die verdeckte Treuhand und die Unterbeteiligung seien deshalb im Zweifel vertragswidrig. Daraus ergäbe sich zwar nicht die Unwirksamkeit einer solchen Verpflichtung. Wohl aber könne die Hauptgesellschaft Sanktionen verhängen, wie Ausschuß von Geschäftsführung, § 117 HGB, und Vertretung, § 127 HGB, in schweren Fällen auch den Ausschuß aus der Gesellschaft, § 140 HGB.

Gegen die Ansicht, der Hauptbeteiligte dürfe nur im Eigentuminteresse tätig werden, bestehen jedoch erhebliche Einwände. Er kann vielmehr, soweit ein Handeln dem Inhalt nach durch den Hauptgesellschaftsvertrag erlaubt ist, ihm beliebende Interessen verfolgen. Steht es dem Hauptbeteiligten etwa frei, den auf ihn entfallenden Gewinnanteil abzuheben, anstatt ihn in der Hauptgesellschaft stehen zu lassen, so ist es regelmäßig gleichgültig, welche Zwecke er mit der Entnahme verfolgt. Das muß auch dann gelten, wenn die Entnahme im Interesse eines Dritten liegt. Denn indem der Hauptbeteiligte diese Interessen in der Hauptgesellschaft verfolgt, macht er sie zu seinen eigenen; die Fremdinteressen sind gewissermaßen in die Person des Hauptbeteiligten projiziert. Außerdem läßt sich die Unterscheidung von Eigeninteresse und Fremdinteresse nicht klar durchführen. Auch der Familienvater, der für seine Familie arbeitet, arbeitet streng genommen nicht ausschließlich im Eigeninteresse. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob er seine Ehefrau unterbeteiligt oder nicht. Schließlich spricht gegen die Ansicht, der Gesellschafter müsse im Zweifel im Eigeninteresse tätig werden, auch eine entgegenstehende Verkehrsanschauung, wie der von den Hauptgesellschaften unbeanstandete Abschluß zahlreicher Unterbeteiligungsverträge zeigt¹.

Zu Recht geht deshalb der BGH von der Zulässigkeit der Unterbeteiligung aus² und hat auch die Möglichkeit der verdeckten

1) Vgl. z.B. BGH WM 1967, S. 685 ff.

2) BGHZ 50, S. 316, 325.

Treuhand ausdrücklich anerkannt¹. Der Abschluß einer Unterbeteiligung ist für die Hauptgesellschaft im allgemeinen gleichgültig. Denn der Hauptbeteiligte bleibt weiterhin allein Gesellschafter mit allen Rechten und Pflichten aus seinem Mitgliedschaftsverhältnis, sein Unterbeteiligter tritt zur Gesellschaft in keine Rechtsbeziehung. Das Rechtsverhältnis zwischen den Gesellschaftern wird durch die Unterbeteiligung nicht berührt².

Die Einräumung einer Unterbeteiligung kann freilich im Einzelfall gegen die hauptgesellschaftliche Treuepflicht verstoßen, wenn in der Person des Unterbeteiligten Gründe vorliegen, welche die Einräumung der Unterbeteiligung als den Gesellschafterinteressen zuwiderlaufend erscheinen lassen. Auch einzelne Vereinbarungen, etwa hinsichtlich der Information und der Stimmabgabe, können gegen die hauptgesellschaftliche Treuepflicht verstoßen und zur Sittenwidrigkeit des gesamten Vertrages führen³.

So können etwa Unterbeteiligungsverträge mit Konkurrenten der Hauptgesellschaft treuwidrig sein, denen jeder Einblick in die Verhältnisse der Hauptgesellschaft verwehrt werden muß. Wenn der Hauptbeteiligte mit einem Konkurrenten der Hauptgesellschaft zu deren Nachteil zusammenwirkt, so wird die Unterbeteiligung sittenwidrig sein⁴.

1) BGHZ 10, 44 ff., 49; 3, 354; Kuhn WM 1955, S. 202, 209; Pikard WM 1956, S. 654, 656; Fischer in Großkomm. HGB § 105 Anm. 28 b.

2) BGH WM 1959, S. 595 ff.; Kastner JBl 1965, S. 73; für die Zulässigkeit statt aller Janberg DB 1953, S. 77/78; Westermann, Handbuch Bem. I 946.

3) S. o. S. 50 ff.

4) Herzfeld AcP 137, S. 291; Janberg DB 1953, S. 78; Staudinger-Geßler Anh. zu §§ 705 ff. Anm. 75.

2. Zulässigkeit der Unterbeteiligung nach dem Hauptgesellschaftsvertrag

Der Hauptgesellschaftsvertrag kann aber die Einräumung von Unterbeteiligungen untersagen oder von Bedingungen abhängig machen.

Die Gesellschafter der Hauptgesellschaft können an einem Verbot interessiert sein, um den mittelbaren Einfluß des Unterbeteiligten auf die Hauptgesellschaft fernzuhalten, der den Hauptbeteiligten u.U. zu für die Hauptgesellschafter unerwünschten, wenngleich nach dem Hauptgesellschaftsvertrag möglichen Entscheidungen, wie der Gewinnentnahme oder der Ablehnung einer Kapitalerhöhung, verleiten kann. Auch kann die Befürchtung, der Unterbeteiligte könne etwas über die Interna erfahren, für die Vereinbarung eines derartigen Verbots ausschlaggebend sein¹.

Für den Fall eines Verstoßes kann der Gesellschaftsvertrag der Hauptgesellschaft Sanktionen vorsehen, etwa die Verwirkung einer Vertragsstrafe. Auch sonst kann der Verstoß u.U. gesellschaftsrechtliche Folgen auslösen, etwa den Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, §§ 117, 127 HGB, in schweren Fällen auch den Ausschluß nach § 140 HGB. Der verbotswidrige Unterbeteiligungsvertrag ist aber nicht ohne weiteres nichtig, sondern erst, wenn weitere Umstände ihn sittenwidrig machen².

Statt des generellen Verbots kann auch ein Mittelweg zweckmäßig sein. Im Hauptgesellschaftsvertrag kann vereinbart sein, daß die Einräumung einer Unterbeteiligung nur zulässig ist, wenn die Hauptgesellschafter zustimmen, oder daß sie der Haupt-

1) Westermann, Handbuch Bem. I 947.

2) Vgl. Westermann, Handbuch Bem. I 947; siehe auch oben S. 50 ff.

gesellschaft mitzuteilen ist¹.

Auch solche gesellschaftsvertraglich zulässigen Unterbeteiligungsverträge schaffen noch keine unmittelbaren Beziehungen zwischen dem Unterbeteiligten und der Hauptgesellschaft². In der ausdrücklichen Gestattung oder der widerspruchslosen Kenntnisnahme der Unterbeteiligung kann aber die stillschweigende Erlaubnis für den Hauptbeteiligten liegen, dem Unterbeteiligten gewisse Informationen zu erteilen³.

II. Form des Unterbeteiligungsvertrages.

1. § 15 GmbHG

Der Abschluß des Unterbeteiligungsvertrages bedarf im allgemeinen keiner besonderen Form, weder der des Hauptgesellschaftsvertrages noch der Form der Anteilsabtretung oder Anteilsteilung.

Insbesondere ist bei der Unterbeteiligung an einem GmbH-Anteil nicht die für die Abtretung und Teilung in § 15 III GmbHG vorgeschriebene gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich. Denn die Unterbeteiligung als rein schuldrechtliche Beteiligung kann nicht als Umgehung der Abtretung oder Teilung angesehen werden⁴, auch nicht bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise⁵.

Die Form des § 15 IV GmbHG ist aber zu beachten, wenn für den Fall der Auflösung der Unterbeteiligung eine Übertragungspflicht bezüglich des Hauptgesellschaftsanteils vorgesehen

- 1) Westermann, Handbuch, Bem. I 947; eine Mitteilungspflicht kann sich aber auch schon aus der Treuepflicht ergeben, wenn der Hauptbeteiligte begründete Zweifel an der Zulässigkeit der Unterbeteiligung hat, vgl. Herzfeld AcP 137, S. 294.
- 2) Baumbach-Duden § 105 Anm. 1 H; Westermann, Handbuch, Bem. I 947.
- 3) Westermann, Handbuch Bem. I 947; entschieden Hueck ZHR 83, S. 28; zurückhaltend Janberg DB 1953, S. 79; ablehnend Esch NJW 1964, S. 905; auch Böttcher-Zartmann S. 85.
- 4) RG LZ 1907, Sp. 224; 1915, Sp. 1011, 1012; OLG Frankfurt LZ 1929, Sp. 793; Scholz § 15 Anm. 7; Wiedemann S. 313.
- 5) So allerdings für die Treuhand RGZ 159, S. 281; Hachenburg-Schilling § 15 Anm. 51 a und 57; a.A. Scholz § 15 Anm. 40, der m.E. zu Recht auf die rechtliche Zuordnung des Anteils abstellt.

ist¹. Ein solches, rein obligatorisches Recht des Unterbeteiligten auf Erwerb des Geschäftsanteils kann unter bestimmten Voraussetzungen vorgesehen sein, etwa nach Ablauf einer bestimmten Zeit, nach Kündigung des Unterbeteiligungsverhältnisses, Ableben des Hauptbeteiligten oder auf einfache Übernahmeerklärung des Unterbeteiligten hin. Ebenso ist die Verpflichtung des Unterbeteiligten zum Erwerb des Anteils auf Angebot des Hauptbeteiligten zu behandeln, gleichgültig ob ihr eine Abtretungspflicht gegenübersteht oder nicht; denn stets handelt es sich um eine, wenn auch bedingte, Verpflichtung zur Veräußerung eines Geschäftsanteils, die gem. § 15 IV GmbHG formpflichtig ist².

Dagegen ist die indirekte Folge, daß bei der Auseinandersetzung der Unterbeteiligung der Eigentümer des Geschäftsanteils zu einer Abtretung genötigt sein kann, unerheblich³. Hier ist die Abtretung rechtlich nicht zwingend und kann nur eine Nebenwirkung bei der Auseinandersetzung sein.

2. § 313 BGB

Hinsichtlich der Formvorschrift des § 313 BGB bestehen keine Besonderheiten. Für die Unterbeteiligung an dem Anteil einer OHG oder KG, zu deren Vermögen Grundstücke gehören, ist nicht die Form des § 313 BGB erforderlich, da der Unterbeteiligte

1) RG JW 1906, S. 401; LZ 1907, Sp. 749; Herzfeld AcP 137, S. 297; Wiedemann, S. 313.

2) RGZ 102, S. 64; 149, S. 385, 397; Otto BB 1948, S. 213; Scholz § 15 Anm. 27; teilweise a.A. Hachenburg-Schilling § 15 Anm. 15.

3) RG LZ 1915, Sp. 1011, 1012.

ebenso wie der stille Gesellschafter als Innengesellschafter¹ nur schuldrechtlich, nicht aber irgendwie dinglich, beteiligt wird².

Der Gesellschaftsvertrag bedarf freilich dann der Form des § 313 BGB, wenn der Unterbeteiligte sich als Gegenleistung für die Einräumung der Unterbeteiligung zur Übertragung eines Grundstücks verpflichtet.

3. § 518 BGB

Die schenkweise Einräumung einer Unterbeteiligung³ bedarf ebenso wie die der stillen Beteiligung⁴ nach der Rechtsprechung des BGH der Form des § 518 BGB. Die Beteiligung des Innengesellschafters kann danach nicht als Bewirkung der Leistung im Sinne des § 518 II BGB angesehen werden, da dieser dadurch lediglich schuldrechtliche Ansprüche erhält⁵.

Gegen die Auffassung des BGH wendet sich der wohl überwiegende Teil des Schrifttums⁶. Die im allgemeinen zutreffende Teilung des § 518 BGB in Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte sei bei der Innengesellschaft nicht durchzuführen. Der Begünstigte erwerbe die gesellschaftliche Beteiligung mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages. Bereits in diesem Augenblick sei

1) Grundlegend RGZ 166, S. 160 ff., 163.

2) Vgl. oben S. 15; formlos gültig ist im übrigen auch eine Vereinbarung, nach der der Unterbeteiligte ein Recht auf Übernahme des Anteils an einer Gesellschaft mit Gesamthandsvermögen, zu dem auch Grundstücke gehören, erhält. Denn hierdurch wird keine Verpflichtung zur Übertragung von Grundstücken begründet, sondern mit der Anteilsübernahme tritt eine Anwachsung kraft Gesetzes ein, vgl. RGZ 82, S. 160; Palandt-Heinrichs § 313 Anm. 4a.

3) BGH WM 1967, S. 685; dort war die Unterbeteiligung nur formfrei, weil sie gem. § 1624 BGB zum Zwecke der Ausstattung erfolgte; vgl. auch Schneider DB 1954, S. 739; Westermann, Handbuch, Bm. I 957.

4) BGHZ 7, S. 179; 7, S. 378 ff.

5) BGHZ 7, S. 378, 380.

6) Hueck, ZHR 83, S. 9 ff., NJW 1953, S. 138; Baumbach-Duden § 335 Anm. 3 B; Buchwald GmbHR 53, S. 81; v. Godin JR 1953, S. 171; Koenigs S. 75; Paulick S. 59; Rasner S. 96; Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 13; Siebert NJW 1953, S. 807; Würdinger JZ 1953, S. 227.

die Schenkung vollzogen, da ein weiterer Vollzug bei der Zuwendung der stillen Beteiligung nicht möglich sei¹. Außerdem sei eine gesellschaftliche Beteiligung, auch die stille Beteiligung, mehr als eine schlichte Forderung auf eine künftige Leistung. Sie sei eine besondere Form des Sach- und Wertbesitzes², die Grundlage für zahlreiche Rechte und Pflichten, wie Kontrollrechte und Mitwirkungspflichten³.

Zu Recht weist demgegenüber Fischer⁴ darauf hin, daß auch unter Innengesellschaftern ausschließlich obligatorische Beziehungen bestehen. Nicht anders als bei den partiarischen Rechtsverhältnissen könne auch hier die Begründung einer rein schuldrechtlichen Gläubigerstellung nicht als Vollzug der Schenkung angesehen werden.

Die Zweifel der Literatur an der Rechtsprechung sind m.E. zumindest zum Teil darauf zurückzuführen, daß dem stillen Gesellschafter, vor allem in atypischer Form, neben den Rechten auch zusätzliche Pflichten wie Geschäftsführungspflichten und die Pflicht der internen Verlustbeteiligung über die Einlage hinaus entstehen können. In solchen Fällen wird man jedoch die unentgeltliche Einräumung einer stillen Beteiligung oder Unterbeteiligung vielfach nicht mehr als reine Schenkung ansehen können⁵. Bei der Kombination von unentgeltlicher Einräumung der Kapitalbeteiligung und Übernahme von Geschäftsführungs- und Treuepflichten⁶ kann vielmehr eine gemischte

1) Siebert NJW 1953, S. 807.

2) Würdinger JZ 1953, S. 227.

3) Baumbach-Duden § 335 Anm. 3 B.

4) Fischer JR 1962, S. 203; ebenso Westermann, Handbuch, Bem. 957 und 80.

5) Für die unentgeltliche Einräumung einer OHG-Beteiligung vgl. auch Hueck DB 1966, S. 1043, 1044.

6) So etwa bei der unentgeltlichen Einräumung einer Unterbeteiligung als Instrument der Einflußnahme, vgl. oben S. 69f.

Schenkung vorliegen, und es muß dann geprüft werden, in welchem Umfang die Vorschriften über die Schenkung anwendbar sind¹.

Die Einräumung einer Unterbeteiligung ist daher insoweit Schenkung, als sie nicht eine Gegenleistung für die von dem Unterbeteiligten übernommenen gesellschaftsvertraglichen Pflichten und die von ihm zu leistenden Dienste darstellt, sondern nach dem Willen der Parteien eine darüber hinausgehende Zuwendung².

Nach § 518 II BGB wird der Mangel der Form durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt. Die im Unterbeteiligungsvertrag versprochenen Leistungen sind vollständig erst mit der Beendigung und Auseinandersetzung der Gesellschaft erbracht.

Fraglich ist aber, ob dem auch Vorstufen einer solchen vollständigen Erfüllung gleichzustellen sind. Nach Westermann³ ist die Schenkung auch dann vollzogen, wenn der Hauptbeteiligte dem Unterbeteiligten die Ansprüche auf den Gewinn und das Auseinandersetzungsguthaben abtritt. Darin erschöpfe sich zwar die Unterbeteiligung nicht, sie machten aber ihren wesentlichen Inhalt aus. Die übrigen Rechte, wie die Informationsrechte, seien auf diese Vermögensrechte hingeordnet und erhielten erst durch sie ihren Sinn. Auch eine länger dauernde Erfüllung der Pflichten aus dem Unterbeteiligungsvertrag kann danach ein Vollzug der Schenkung sein.

-
- 1) Dazu Soergel-Ballerstedt § 516 Bem. 22; Staudinger-Ostler § 516 Anm. 22 ff.
 - 2) Vgl. auch Soergel-Ballerstedt § 516 Bem. 20.
 - 3) Westermann, Handbuch, Bem. I 951.

In beiden Fällen handelt es sich freilich streng genommen nur um eine Teilerfüllung. Diese bewirkt eine Heilung nur für den vollzogenen Teil¹. Der Zweck des § 518 I BGB, den Schenkenden vor leichtfertigen und unbedachten Versprechungen zu schützen, ist jedoch auch erfüllt, wenn der Schenkende durch eine längere, etwa mehrjährige Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Unterbeteiligungsvertrag viele kleinere Verkürzungen seines Vermögens hinnimmt und hierdurch zu erkennen gibt, daß er an dem Vertrag festhalten will. In solchen Fällen ist deshalb für den gesamten Vertrag eine analoge Anwendung des § 518 II BGB gerechtfertigt, wonach der Formmangel durch die Bewirkung der Leistung geheilt wird.

III. Umdeutung einer fehlgeschlagenen gesellschaftlichen Beteiligung in eine Unterbeteiligung

Gelegentlich kann die Teilabtretung eines Gesellschaftsanteils, die erbrechtlich angeordnete Teilung eines Gesellschaftsanteils oder die Einräumung einer stillen Beteiligung durch Abbuchen der Einlage vom Konto eines Gesellschafters wegen fehlender Zustimmung der übrigen Hauptgesellschafter unwirksam sein. Es taucht dann die Frage auf, ob ein solches fehlgeschlagenes Rechtsgeschäft gem. § 140 BGB in eine Unterbeteiligung umgedeutet werden kann.

Die Unterbeteiligung müßte dann nach § 140 BGB den Erfordernissen des fehlgeschlagenen Rechtsgeschäftes, also der Teilung, entsprechen. Was darunter zu verstehen ist, ist streitig.

Nach einer Ansicht² müssen die rechtlichen Bestandteile des neuen Geschäfts in dem nichtigen Geschäft enthalten sein, das andere Geschäft muß als ein aus dem vorgenommenen Geschäft herauslösbarer Teil von den Parteien wirklich vorgenommen sein.

1) BAG NJW 1959, S. 1746; RG LZ 1916, Sp. 1017; Erman-Böhle-Stamschräder § 518 Anm. 6; Soergel-Ballerstedt § 518 Bem. 6.

2) Flume S. 593; Soergel-Hefermehl § 140 Bem. 3; vgl. aber auch RGZ 121, S. 99; 106; BGHZ 19, S. 269, 275; 20, S. 363, 370.

Von diesem Standpunkt aus läßt sich nicht ohne weiteres sagen, daß in einer Teilabtretung eine Unterbeteiligung enthalten ist. Zwar beinhaltet auch die Teilabtretung den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages, da dadurch der Zessionar in die Hauptgesellschaft aufgenommen wird. Demgegenüber stellt der Unterbeteiligungsvertrag wohl ein wirtschaftliches, nicht aber in allen Punkten auch ein rechtliches Minus dar. Dabei ist neben dem Informationsrecht besonders an den Auseinandersetzungsanspruch des Unterbeteiligten nach Kündigung der Unterbeteiligung zu denken, der, anders als bei der Teilung, den ganzen Hauptgesellschaftsanteil gefährden kann.

Die Auffassung, sämtliche Bestandteile des neuen Geschäfts müßten in dem alten enthalten sein, erscheint jedoch unter Berücksichtigung der Zweckrichtung des § 140 BGB als zu eng. Sinn dieser Vorschrift ist es, dem Willen der Parteien, einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg zu erreichen, mittels Auswechslung des unzulässigen mit einem zulässigen rechtlichen Mittel zum Ziel zu verhelfen¹. Auf die volle oder wenigstens die teilweise Erreichung des von den Parteien erstrebten wirtschaftlichen Erfolgs unter Beachtung der von ihnen vorgenommenen Interessenbewertung kommt es also an².

Nach ihrer wirtschaftlichen Zweckrichtung ist die Unterbeteiligung eine abgeschwächte Form der Beteiligung an der Hauptgesellschaft³. Sie geht auch insgesamt nicht zulasten des Hauptbeteiligten über den verfolgten wirtschaftlichen Zweck hinaus⁴. Die Umdeutung einer fehlgeschlagenen Teilabtretung in eine Unterbeteiligung ist daher zulässig⁵.

Die Unterbeteiligung muß aber auch dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen. Bei der Auslegung ist m.E. hinsichtlich des Zedenten wegen des drohenden Auseinandersetzungsanspruchs des Unterbeteiligten größere Zurückhaltung geboten. Auf Seiten des Zessionars wird ein entsprechender mutmaßlicher Wille eher zu

1) Erman-Westermann § 140 Anm. 1; Lange, Allg. Teil, § 49 V 4, S. 316.

2) Larenz, Allg. Teil, § 29 III S. 458.

3) Vgl. oben S. 61.

4) BGHZ 50, S. 316, 319.

5) BGH a.a.O.; Herzfeld AcP 137, S. 299; im Falle des RG LZ 1909, Sp. 686, ebenso auch im Falle des OLG Dresden HRR 1938, Nr. 202 wäre diese Möglichkeit m.E. erwägenswert gewesen.

bejahen sein, wenn es sich um eine unentgeltliche Zuwendung handelt; denn wenn die beabsichtigte größere Zuwendung, die Abtretung des Anteils am Gesellschaftsvermögen, fehlgeschlagen ist, so ist zu vermuten, daß wenigstens die Einräumung einer Unterbeteiligung erwünscht ist.

Ausschließliche Bedeutung kommt dem Willen des Verfügenden im Erbrecht bei der letztwilligen Teilung eines Gesellschaftsanteils zu. Einen solchen Fall hatte der BGH¹ zu entscheiden. Dort hatte der Erblasser seinen OHG-Anteil testamentarisch in der Weise aufgeteilt, daß ein Erbe mit einer Quote OHG-Gesellschafter, die übrigen Erben dagegen Kommanditisten werden sollten. Letzteres war nach dem Hauptgesellschaftsvertrag wegen seiner beschränkten Nachfolgeklausel nicht zulässig. Zu Recht deutete deshalb der BGH die testamentarische Einsetzung zu Kommanditisten in die vermächtnisweise Zuwendung von Unterbeteiligungen um, da hierdurch die Ziele des Erblassers am besten verwirklicht werden konnten.

Daneben kann die fehlgeschlagene Teilabtretung auch in eine Teilabtretung der vermögensrechtlichen Bezüge aus dem Anteil, also vor allem der Gewinn- und Auseinandersetzungsansprüche, umgedeutet werden². Diese Umdeutung kann auch zusätzlich zur Umdeutung in eine Unterbeteiligung hinzutreten. Dadurch erhält der Unterbeteiligte dann auch unmittelbare Ansprüche gegen die Hauptgesellschaft.

1) BGHZ 50, S. 316 ff., 318 f.

2) Hueck, ZHR 83, S. 19, der allerdings die Möglichkeit der Umdeutung in eine Unterbeteiligung nicht erwähnt; für die Vollabtretung vgl. auch RG Recht 1913 Nr. 1424; Erman-Westermann § 140 Anm. 7; Hachenburg-Schilling § 15 Anm. 74.

B. Geschäftsführung

I. Außerhalb der Hauptgesellschaft

Geschäftsführung ist jede auf Verfolgung des Gesellschaftszwecks gerichtete Tätigkeit für die Gesellschaft. Gesellschaftszweck ist das gewinnbringende Halten des Hauptgesellschaftsanteils. Die Geschäftsführung der Unterbeteiligung besteht deshalb weitgehend in der Ausübung der gesellschaftlichen Rechte aus dem Hauptgesellschaftsanteil in der Hauptgesellschaft.

Für die Geschäftsführungsmaßnahmen, die nicht in einer Tätigkeit innerhalb der Hauptgesellschaft bestehen, ist daneben nicht viel Raum. Sie bestehen hauptsächlich in der Abrechnung über den Hauptgesellschaftsanteil, das Kapitalkonto und eventuell die Sonderkonten, und der ziffernmäßigen Feststellung des Gewinns oder Verlusts und des Auseinandersetzungsguthabens des Haupt- und des Unterbeteiligten. Diese Maßnahmen wird der Hauptbeteiligte regelmäßig besser als der Unterbeteiligte wahrnehmen können, da er Einblick in die Endabrechnungen der Hauptgesellschaft und seine eigenen Konten nehmen kann und deshalb diese Abrechnungen besser vornehmen kann¹. Im Hauptgesellschaftsvertrag kann vorgesehen sein, daß die Abrechnungen durch einen Abschlußprüfer zu prüfen sind².

Daneben sind besondere Geschäftsführungsmaßnahmen für die Unterbeteiligung denkbar, wenn der aus dem Hauptgesellschaftsanteil erzielte Gewinn nicht sofort verteilt werden, sondern wenigstens teilweise gemeinsam verwandt werden soll. So können Teile des Gewinns angesammelt werden, um ein dem Hauptbeteiligten zustehendes und von der Unterbeteiligung erfaßtes Recht auf Erwerb eines weiteren Anteils oder auf Übernahme des Geschäfts nach § 142 HGB auszuüben oder um Mittel zur Beteiligung an einer

1) Greifeld S. 35 ; für die stille Gesellschaft vgl.

Schlegelberger-Geßler § 337 Anm. 2.

2) Vgl. das Muster von Model-Haegeler Bem. 1167 (§ 5).

bevorstehenden Kapitalerhöhung sicherzustellen¹.

Die Unterbeteiligung kann auch den Zweck haben, die anfallenden Gewinne wieder als Vermögen einer Innen- oder Außengesellschaft anzulegen, für die eigene Geschäftsführungsmaßnahmen notwendig sind.

II. Innerhalb der Hauptgesellschaft

Vor allem aber besteht die Ausübung der Geschäftsführung der Unterbeteiligung in der Ausübung der Rechte des Hauptgesellschaftsanteils in der Hauptgesellschaft, soweit sie für die Unterbeteiligung Auswirkungen hat. Die Geschäftsführung der Unterbeteiligung reicht deshalb über die Geschäftsführung der Hauptgesellschaft hinaus und betrifft auch sonstige Mitgliedschaftsrechte wie das Informationsrecht und das Recht auf Änderung des Hauptgesellschaftsvertrags.

1. Geschäftsführung des Hauptbeteiligten

In der Personengesellschaft kann bei Fehlen abweichender Vereinbarungen mit dieser nur der Hauptbeteiligte tätig werden. Auch die Rechte in der GmbH hat der Gesellschafter im Grundsatz selbst wahrzunehmen; er kann sich aber durch einen Bevollmächtigten, also auch durch den Unterbeteiligten, bei Gesellschaftsversammlungen vertreten lassen², § 47 III GmbHG.

Der Gesellschafter, der eine Unterbeteiligung eingeräumt hat, ist jedoch in der Ausübung seiner Rechte in der Hauptgesellschaft nicht mehr frei. Da er seinen Gesellschaftsanteil in den Dienst der Unterbeteiligung gestellt hat, ist er auch zur Verfolgung ihrer besonderen Zwecke und zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Unterbeteiligten verpflichtet³.

1) Beispiele von Westermann, Handbuch, Bem. I 968.

2) Baumbach-Hueck § 47 Anm. 4; Hachenburg-Schmidt § 47 Anm. 9.

3) Staudinger-Geiler Anh. zu §§ 705 Anm. 77; Pöllinger S. 42; Westermann, Handbuch, Bem. I 959.

Die Interessen der Unterbeteiligung können in der Hauptgesellschaft freilich nur in dem Rahmen wahrgenommen werden, den der Hauptgesellschaftsvertrag freigibt. Das ergibt sich aus der oben¹ geschilderten Begrenzungsfunktion des Hauptgesellschaftsvertrages. Schranken können sich daher besonders aus der Zweckbindung und der daraus resultierenden² Treuepflicht der Gesellschafter³ ergeben. Die Intensität der Treuepflicht ist aber nicht für alle Rechte gleich; sie richtet sich vielmehr nach der Eigenart der eingeräumten Rechtsmacht sowie der jeweiligen Intensität des Gemeinschaftsverhältnisses und dem Maß des gegenseitigen Vertrauens⁴. Es erscheint daher sinnvoll, die Rechte nach der Nähe der Zweckverfolgung zu unterscheiden und in diesem Rahmen auf die verschiedenen Gesellschaftsverhältnisse einzugehen. Es lassen sich dann Geschäftsführungsrechte und sonstige Gesellschafterrechte unterscheiden⁵.

a) Geschäftsführung der Hauptgesellschaft

Maßgebend bestimmend ist die Treuepflicht bei der Geschäftsführung der Hauptgesellschaft, die gerade die unmittelbar auf die Verfolgung des Gesellschaftszwecks gerichtete Tätigkeit darstellt⁶. Bei der Personengesellschaft zählt dazu auch das Widerspruchsrecht nach § 115 HGB und § 164 HGB, das Zustimmungsrecht des § 116 II HGB und das Recht zur Beschlußfassung über Fragen der Geschäftsführung nach § 119 HGB.

1) S. o. S. 44 ff.

2) Würdinger II S. 13.

3) Vgl. dazu Hueck, Hübner-Festschrift S. 72 ff.; ders. OHG S. 139 ff.; Staudinger-Keßler Vorbem. 32 ff. vor § 705; Soergel-Schultze-v. Lasaulx § 705 Bem. 66 ff.; Westermann, Handbuch Bem. I 241 f.; Zöllner S. 335 ff.

4) Zöllner S. 338; zustimmend Westermann, Handbuch Bem. I, 241.

5) So zuerst Hueck, Hübner-Festschrift, S. 72 ff.; ebenso Fischer NJW 1954, S. 777 ff.; die Einteilung kann freilich nur als Übersicht verstanden werden, die die vielfältigen Differenzierungen außer Betracht läßt.

6) Fischer NJW 1954, S. 778; Hueck, OHG, S. 82; Staudinger-Keßler Vorbem. 5 vor § 709; Zöllner S. 323; vgl. auch RG LZ 1912, Sp 545; JW 1945, S. 1773.

Bei der Ausübung dieser Rechte werden die Interessen der Hauptgesellschaft und der Unterbeteiligung vielfach übereinstimmen. Beide Gesellschaften verfolgen dann bei denselben Maßnahmen den gleichen Zweck, da der Erfolg des Hauptgesellschaftsanteils vom Erfolg der Hauptgesellschaft weitgehend abhängt. Sie erfordern daher beide Geschäftsführungsmaßnahmen, die auf die Dauer den besten Erfolg für die Hauptgesellschaft gewährleisten¹.

Die Verpflichtung des Hauptbeteiligten, die Geschäftsführung entsprechend der Treuepflicht zur Hauptgesellschaft wahrzunehmen, ergibt sich auch insoweit zusätzlich aus dem Unterbeteiligungsvertrag, als Pflichtwidrigkeit^{an} nachteilige gesellschaftsrechtliche Folgen auslösen können, wie die Aufrechnung des Gewinnanspruchs mit Schadensersatzansprüchen, Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht oder Ausschuß².

Einen Spielraum zur Wahrnehmung der Interessen der Unterbeteiligung hat der Hauptbeteiligte dagegen bei den gesellschaftsneutralen³ Geschäften, d.h. bei Geschäften, bei denen mehrere für die Hauptgesellschaft gleichwertige Alternativen zur Wahl stehen. Stehen etwa bei der Wahl des Geschäftsführers mehrere gleichgeeignete Bewerber zur Auswahl, so kann der der Unterbeteiligung genehmere gewählt werden. Oder steht die Ausweitung mehrerer Geschäftszweige zur Debatte, die für die Hauptgesellschaft den gleichen Erfolg versprechen, so kann sich der Hauptbeteiligte für den Zweig entscheiden, der auch für den Unterbeteiligten am vorteilhaftesten ist, etwa weil er Zulieferant für diesen Geschäftszweig ist.

Fraglich kann aber sein, ob eine Möglichkeit der Interessenverfolgung für die Unterbeteiligung besteht, wenn sich die Interessen der Gesellschafter der Hauptgesellschaft und der Unterbeteiligung widersprechen. Zu einer derartigen Interessenkollision kann es vor allem dann kommen, wenn der Unterbeteiligte

1) Westermann, Handbuch, Bem. I 959.

2) Westermann, Handbuch, Bem. I 959.

3) Schlegelberger-Geßler § 119 Anm. 1.

nicht so langfristig engagiert ist und/oder nur am Gewinn, nicht aber an den Anlagewerten beteiligt ist.

Beispiel¹: In der Hauptgesellschaft ist über eine Maßnahme abzustimmen, die risikoreich ist, zunächst mit Sicherheit keinen, später aber vielleicht einen besonders hohen Gewinn bringt, etwa außerordentliche Reklameaufwendungen bei Einführung eines neuen Fabrikats, Gründung einer Zweigniederlassung, außerordentliche Aufwendungen für Forschungszwecke. Ist die Unterbeteiligung hier auf ungewisse Zeit vorgesehen, so wird der Unterbeteiligte eher mit der Einschränkung der Gewinnausschüttung einverstanden sein, das die Maßnahme auch ihm auf lange Sicht zugute kommt. Ist die Unterbeteiligung dagegen auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen und der Unterbeteiligte an den Erfolgen der Maßnahmen nicht mehr beteiligt, so wird er ein Interesse an der Ausschüttung der Gewinne haben.

Wäre in solchen Fällen der Hauptbeteiligte nach dem Hauptgesellschaftsvertrag stets verpflichtet, den Interessen der Gesellschafter der Hauptgesellschaft den Vorrang einzuräumen, so bestände wegen der geschilderten Begrenzungsfunktion des Hauptgesellschaftsvertrags keine Möglichkeit für den Hauptbeteiligten, abweichende Interessen der Unterbeteiligung zu verfolgen.

Hier erscheint aber eine Differenzierung zwischen dem Interesse der Gesellschaft und dem der einzelnen Gesellschafter² geboten. Der Hauptbeteiligte hat sich im Gesellschaftsvertrag zur Verfolgung des gemeinsamen Zwecks verpflichtet. Dies ist der unmittelbare Inhalt seiner Treuepflicht. Hierzu sind ihm die Geschäftsführungsrechte eingeräumt. Sie sollen eine vernünftige und sachgerechte Willensbildung der Gesellschaft ermöglichen. Jeder Gesellschafter vertraut darauf, daß die anderen ihre Tätigkeit dem Gesellschaftszweck widmen³. Dieser darf durch Maßnahmen der Gesellschafter nicht beeinträchtigt oder gefähr-

1) Westermann, Handbuch, Bem. I 959.

2) Zöllner, S. 344 ff.; vgl. auch BGHZ 14, 28 ff., 38; Warn. 1962, Nr. 28 m.w.N. WM 1964, S. 1127; Soergel-Schultze-v. Lasaulx § 705 Bem. 67 ff. m.w.N.

3) Hueck, OHG, S. 98; ders. Hübner-Festschrift, S. 80; Fischer NJW 1954, S. 778.

det werden. Der Hauptbeteiligte darf deshalb bei der Geschäftsführung nicht abweichende Interessen zu Lasten der Hauptgesellschaft verfolgen. Dagegen ist der Gesellschafter nicht verpflichtet, darüber hinaus gehende Interessen der Mitgesellschafter zu verfolgen, wenn seine eigenen Interessen hiervon abweichen. So kann es etwa im Interesse einzelner Gesellschafter liegen, dem Geschäft unter weitgehendem Verzicht auf Gewinn zu einer starken Expansion zu verhelfen. Das wird besonders bei solchen Gesellschaftern der Fall sein, die noch über genügend andere Einkünfte verfügen. Andere Gesellschafter können dagegen mehr daran interessiert sein, eine möglichst hohe laufende Rendite aus ihrem Anteil zu erzielen.

Schweigt der Gesellschaftsvertrag über diese unterschiedlichen Zielrichtungen, so ist nicht ohne weiteres davon auszugehen, daß aufgrund der Zweckvereinbarung eine Expansion geboten ist. Soweit der jeweilige Besitzstand dadurch nicht beeinträchtigt wird, kann vielmehr jeder Gesellschafter seine berechtigten eigenen Interessen verfolgen. Er braucht über die Zweckbindung hinaus nicht seine eigenen Interessen hinter die der Gesellschaft zu stellen.¹ Es gilt vielmehr stärker als im allgemeinen Vertragsrecht der Grundsatz, daß jeder Gesellschafter auf die berechtigten Interessen der anderen billige Rücksicht nehmen muß².

Von dieser Unterscheidung aus ist auch der Interessenkonflikt zwischen Hauptgesellschaft und Unterbeteiligung zu lösen: Der Hauptbeteiligte hat die Geschäftsführungsrechte so wahrzunehmen, wie es seine Treuepflicht zur Hauptgesellschaft erfordert. Hierdurch können zur Erhaltung und Sicherung des Unternehmens u.U. außergewöhnliche Investitionen und ein Verzicht auf die Gewinnausschüttung notwendig werden. Andernfalls kann für den Haupt-

1) BGH Warn. 1962, Nr. 28; WM 1964, S. 1127; Soergel-Schultze-v. Lasaulx § 705 Bem. 69; Zöllner S. 323.

2) Hueck, Hübner-Festschrift, S. 82; ders. OHG S. 98.

beteiligten aber auch das Recht bestehen, die Zustimmung zu außergewöhnlichen Maßnahmen zu verweigern, wenn dadurch über Jahre hindurch ein Gewinn praktisch nicht ausgezahlt werden kann, selbst wenn dieses Geschäft langfristig für das Unternehmen einen höheren Ertrag verspricht¹. Besonders bei solchen Maßnahmen, die über den Rahmen des gewöhnlichen Betriebs hinausgehen und die daher nach § 116 II HGB des Beschlusses sämtlicher Gesellschafter bedürfen bzw. bei denen die Kommanditisten gem. § 164 HGB ein Widerspruchsrecht haben, kann es also auch bei Geschäftsführungsangelegenheiten einen Spielraum zur Wahrnehmung der Interessen der Unterbeteiligung geben.

In ähnlicher Weise ist auch die Begrenzung des Handlungsspielraums der GmbH-Gesellschafter zu behandeln. Das gilt besonders für die personalistische GmbH, bei der den Gesellschaftern ähnlich wie bei der OHG Geschäftsführungsrechte übertragen sind². Aber auch soweit die Gesellschafter auf die Mitwirkung bei der Willensbildung der Gesellschaft in der Gesellschafterversammlung beschränkt sind, müssen sie sich bei der Stimmabgabe in dem beschriebenen Umfang von dem Interesse der Gesellschaft leiten lassen³.

Selbst wenn aber danach der Hauptbeteiligte die Interessen des Unterbeteiligten wahrnehmen kann, so ist damit noch nicht entschieden, ob er sie auch wahrnehmen muß. Falls die Interessen des Hauptbeteiligten von denen des Unterbeteiligten abweichen, der Hauptbeteiligte etwa im Beispielsfall auch mehr an einer langfristigen Verbesserung der Ertragslage interessiert ist, muß auch hier wiederum ein Interessenausgleich gefunden werden.

1) Vgl. auch Westermann, Handbuch, Bem. I 959.

2) Fischer NJW 1954, S. 779.

3) BGHZ 14, 28 ff., 38; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 47 Anm. 3 B; Fischer a.a.O.; Scholz § 45 Anm. 11, 22.

Der Unterbeteiligungsvertrag wird solche Interessenkollisionen selten ausdrücklich regeln, etwa dadurch, daß als Vertragszweck die möglichst hohe Gewinnausschüttung aus dem Gesellschaftsanteil vereinbart wird. Mangels derartiger Regelungen muß versucht werden, den Vertragszweck und den Umfang der gebotenen Rücksichtnahme aus den Umständen bei Vertragsschluß zu ermitteln¹. Hierbei wird vor allem bedeutsam sein, wer der Gesellschaft letztlich das Kapital zur Verfügung gestellt hat. Ist etwa die Unterbeteiligung schenkweise oder aus Gründen der Steuerersparnis eingeräumt worden, so wird es vielfach nur der Zweck der Unterbeteiligung sein, den Unterbeteiligten lediglich an den Erfolgen und Früchten des Hauptgesellschaftsanteils teilnehmen zu lassen, so wie ihn der Hauptbeteiligte nach eigenem Ermessen betreibt². Ist dagegen die Unterbeteiligung ein Mittel gewesen, die Hauptbeteiligung zu finanzieren und so überhaupt erst zu ermöglichen, und soll dann der Unterbeteiligte nach einigen Jahren abgefunden werden, so kann der Gesellschaftszweck auf die Erzielung möglichst hoher laufender Gewinne gerichtet sein. Ferner können für den Umfang der Rücksichtnahme die Haftungsverhältnisse bedeutsam sein; ein persönlich haftender Gesellschafter wird sich im Zweifel einen weiten Handlungsspielraum vorbehalten.

Streitigkeiten lassen sich hier wohl am ehesten vermeiden, wenn der Unterbeteiligungsvertrag dem Unterbeteiligten interne Mitwirkungsbefugnisse³ zugesteht, etwa seine Zustimmung für außergewöhnliche Geschäfte fordert.

1) Vgl. auch oben S. 41.

2) Vgl. den Entscheidung des RFH StuW 1930, Nr. 356, zugrundeliegenden Fall.

3) S. u. S. 95ff.

b) Ausübung sonstiger Rechte

Selten nur wird die Handlungsbefugnis des Hauptbeteiligten an die Grenzen der Treuepflicht stoßen, soweit es sich um Rechte handelt, die ihm zur Wahrnehmung seiner eigenen Interessen eingeräumt sind. Hierzu zählt etwa das Informationsrecht nach § 118 HGB bzw. nach § 166 HGB¹, das Recht auf Entnahme von Geld nach § 122 HGB und des darüber hinausgehenden Gewinnanteils.

Ebenso ist der Hauptbeteiligte auch bei der Ausübung seiner Rechte hinsichtlich der Änderung des Hauptgesellschaftsvertrages weitgehend frei; so bei der Mitwirkung am Entzug der Geschäftsführung und Vertretung nach §§ 117, 127 HGB², am Ausschuß eines Gesellschafters nach § 140 HGB, bei der Kapitalerhöhung, der Veränderung der Rechtsform der Gesellschaft, der Kündigung und der Auflösungsklage. Denn der Gesellschafter ist der Gesellschaft nur unter den im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Bedingungen beigetreten, eine Veränderung dieser Bedingungen kann von ihm nicht ohne weiteres verlangt werden³.

Auch in solchen Fällen kann aber die Treuepflicht zu einem anderen Ergebnis führen. Die Änderung muß dann mit Rücksicht auf die Interessen der Gesellschaft oder der Gesellschafter unumgänglich sein, z.B. zur Erhaltung wesentlicher Werte oder zur Vermeidung erheblicher Verluste. Außerdem muß die fragliche Änderung dem einzelnen Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen Belange zumutbar sein; es dürfen also nicht

-
- 1) Zum Auskunftsrecht des GmbH-Gesellschafters vgl. BGHZ 14, S. 53, 57; OLG Hamm NJW 1949, S. 790; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 45 Anm. 2 G.
 - 2) Gerade in diesen Fällen kann aber eine Mitwirkungspflicht bestehen, vgl. Fischer NJW 1954, S. 780; ders. NJW 1959, S. 1057 ff.
 - 3) Hueck, Hübner-Festschrift, S. 81; ders. OHG S. 126; Fischer NJW 1954, S. 780; BGH LM Nr. 8 zu § 105 HGB.

schutzwerte Interessen des betreffenden Gesellschafters entgegenstehen¹.

Der Hauptbeteiligte hat somit nach dem Hauptgesellschaftsvertrag weitgehend Freiheit bei der Ausübung der Rechte, die nicht die Geschäftsführung betreffen. Diese Freiheit wird aber durch den Unterbeteiligungsvertrag in verschiedener Hinsicht eingeschränkt.

Der Hauptbeteiligte hat als wesentlichen Beitrag zur Förderung des Gesellschaftszwecks seinen Anteil der Unterbeteiligung dienstbar zu machen und ihm während der Dauer der Unterbeteiligung in ihrem Dienst zu belassen². Während dieser Zeit darf er den Gesellschaftsanteil nicht veräußern oder einer Auflösung der Hauptgesellschaft zustimmen. Hierdurch würde auch die Unterbeteiligung aufgelöst, da die Zweckverfolgung unmöglich geworden ist. Der Hauptbeteiligte verletzt daher, wenn er ohne zwingenden Grund den Anteil veräußert oder der Auflösung der Hauptgesellschaft zugestimmt hat, seine Pflicht gegenüber dem Unterbeteiligten, dem er sich zur Fortführung des Geschäfts verpflichtet hatte. Er wird ihm deshalb u.U. Schadensersatzpflichtig.

Auch einer wesentlichen Strukturveränderung der Hauptgesellschaft darf der Hauptbeteiligte nicht zustimmen; denn der Unterbeteiligte hat regelmäßig vor Abschluß der Unterbeteiligung die Gewinn- und Verlustaussichten des Hauptgesellschaftsanteils geprüft und ist dabei von der Form der Hauptgesellschaft ausgegangen, wie sie im Hauptgesellschaftsvertrag festgelegt war. So wäre etwa die Zustimmung zur Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft bzw. einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft ohne Einverständnis des Unter-

1) BGH LM Nr. 8 zu § 105 HGB; Nr. 8 zu § 138; Nr. 13 zu § 161; Nr. 10 zu § 142 HGB; WM 1961, S. 303; BGHZ 44, S. 40, 42; Hueck a.a.O.; Fischer a.a.O.; Soergel-Schultze-v.Lsaulx § 705 Bem. 69 f.

2) Pöllinger S. 42; Greifeld S. 36; für das ähnliche Problem bei der stillen Gesellschaft vgl. Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 30 ff., Koenigs S. 142 ff.

beteiligten im Zweifel unzulässig¹. Das zeigt schon ein Blick auf die unterschiedlichen Haftungsverhältnisse, die unterschiedlichen Einwirkungsmöglichkeiten des Unterbeteiligten und vor allem auch auf die unterschiedliche Besteuerung dieser Gesellschaften. Der Unterbeteiligte wird in solchen Fällen ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund haben mit der Möglichkeit, Schadensersatzansprüche geltend zu machen².

Auch hierbei kommt es jedoch wieder auf die Abhängigkeit des Hauptbeteiligten von der Unterbeteiligung im Einzelfall an³.

2. Mitwirkungsbefugnisse des Unterbeteiligten

Der Hauptbeteiligte darf, wie dargelegt wurde, die Rechte aus seinem Hauptgesellschaftsanteil nicht ausschließlich nach seinem freien Ermessen wahrnehmen, soweit das nach dem Recht der Hauptgesellschaft zulässig ist, sondern er hat dabei die Interessen der Unterbeteiligung und des Unterbeteiligten mit zu berücksichtigen.

Der Unterbeteiligte erhält aber eine stärkere Position, wenn ihm interne Mitwirkungsbefugnisse oder sogar Einflußmöglichkeiten in der Hauptgesellschaft eingeräumt werden.

a) Interne Mitwirkungsbefugnisse

Je größer das wirtschaftliche Interesse des Unterbeteiligten an dem Hauptgesellschaftsanteil ist, je mehr sich das wirtschaftliche Kräfteverhältnis in Richtung Treuhand verschiebt, umso größer wird im allgemeinen auch das Interesse des Unterbeteiligten sein, zumindest intern die Geschicke des Hauptgesellschaftsanteils und dadurch mittelbar der Hauptgesellschaft mit zu beeinflussen.

-
- 1) Vgl. auch Herzfeld AcP 137, S. 320; für die stille Gesellschaft an einer Handelsgesellschaft vgl. Hueck, Lehmann-Festschrift S. 254; Koenigs S. 145; vgl. unten S. 151 ff.
 - 2) Für die stille Gesellschaft an der umzuwandelnden Gesellschaft wird für diesen Fall Auflösung angenommen, da dort der Komplementär wechselt, Hueck, a.a.O.; Koenigs a.a.O..
 - 3) S. o. S. 92.

Der Unterbeteiligungsvertrag wird dann die Mitwirkungsbe-
fugnisse des Unterbeteiligten durch besondere Institutionen
näher bestimmen. Die Skala dieser Rechte beginnt mit einem
auf bestimmte Fälle beschränkten oder allgemeinen Wider-
spruchsrecht; als nächste Stufe kann das Zustimmungserfordernis
des Unterbeteiligten für die Stimmabgabe des Hauptbe-
teiligten bei bestimmten wichtigen oder ungewöhnlichen Ge-
schäften vereinbart werden. Hier ist dann auch der Fall zu
regeln, daß keine Einigkeit erzielt werden kann. Die Stimm-
abgabe für die geplante Maßnahme wird dann regelmäßig zu
unterbleiben haben¹. Es ist aber auch die Unterwerfung unter
die Entscheidung eines Dritten denkbar. Der Hauptbeteiligte
kann aber auch verpflichtet werden, in bestimmten Fällen oder
ganz allgemein nach den Weisungen des Unterbeteiligten zu
stimmen. Derartige Bindungen des Hauptbeteiligten müssen aber
rechtlich zulässig sein. Die Frage nach der Möglichkeit recht-
lich gesicherter Mitwirkungsbezugnisse des Unterbeteiligten
verweist daher auf die Frage nach der Zulässigkeit von Stimm-
bindungsverträgen.

aa) Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen

Unter einem Stimmbindungsvertrag hat man eine Vereinbarung
zu verstehen, durch die sich ein Gesellschafter verpflichtet,
seine Stimme bei Gesellschafterbeschlüssen in bestimmter
Weise abzugeben oder auch sich der Stimme zu enthalten. Die
Bindung kann dabei in der geschilderten Weise erfolgen, also
durch Widerspruchsrechte, Zustimmungserfordernisse oder
Weisungsbefugnisse.

(1) Kapitalgesellschaften

Die Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen ist im Recht der
Kapitalgesellschaften², auch bei der hier vor allem inter-

1) Zur Zulässigkeit der Stimmteilung s. u. S. 104 ff.

2) RGZ 107, S. 67; 119, S. 386, 388; 133, S. 90; 156, S. 139;
160, S. 257; BGHZ 29, S. 325; Boesebeck NJW 1960, S. 7 ff.;
Hueck, Nipperdey-Festschrift, S. 401 ff.; Zluhan AcP 128,
S. 62 ff., 257 ff.; Baumbach-Hueck, AktG, § 118 Anm. 8;
Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 114 Anm. 29.

essierenden GmbH¹, fast einmütig anerkannt. Die Abstimmungs-freiheit wird dadurch nicht beeinträchtigt; denn sie besteht nicht darin, daß der Gesellschafter sein Stimmrecht frei von allen Einflüssen, die an ihn herangetragen werden, ausübt. Seine Freiheit besteht vielmehr darin, daß er im Rahmen des rechtlich Zulässigen selbst bestimmen kann, welchen Einflüssen er bei der Ausübung seines Stimmrechts Raum gibt. Dazu gehört auch die Freiheit, Stimmbindungsvereinbarungen einzugehen².

Die Stimmbindung kann aber aus besonderen Gründen nichtig sein. Sie ist wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB nichtig, wenn sie eine Partei unter Mißbrauch ihres Einflusses zur Erlangung gesellschaftsfremder Sonder-vorteile herbeigeführt hat, §§ 117, 243 II AktG, oder durch Gewährung oder Zusicherung besonderer Vorteile, § 405 III AktG. Nichtig ist wegen Umgehung des § 136 III AktG auch eine Ver-einbarung, daß der Aktionär nach Weisung der AG oder ihrer Ver-waltung zu stimmen hat, wegen Umgehung des § 136 I AktG bzw. des § 47 IV GmbHG, wenn er nach Weisung eines Gesellschafters zu stimmen hat, der selbst vom Stimmrecht ausgeschlossen ist³.

Der Stimmbindungsvertrag kann nach § 138 BGB sittenwidrig sein, etwa wenn er zu einer durch die wirtschaftliche Überlegenheit des Partners bedingten, sittlich verwerflichen Knebelung des stimmberechtigten Gesellschafters führt⁴. Er ist schließlich nach §§ 119, 123 BGB anfechtbar, wenn er auf Irrtum oder Drohung beruht.

-
- 1) RGZ 112, S. 273; BGHZ 48, S. 163, 167; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 47 Anm. 3 C; Hachenburg-Schmidt § 47 Anm. 29; Scholz § 47 Anm. 7; Fischer GmbHRdsch. 1953, S. 65 ff.; Westermann, Handbuch, Bem. I 277; ausführliche Nachweise bei Zöllner S. 421.
 - 2) Fischer GmbHRdsch. 1953, S. 65; RGZ 119, S. 386, 389.
 - 3) Hueck, Nipperdey-Festschrift, S. 404 f.; Fischer a.a.O. S. 66 f., jeweils m.w.N.
 - 4) Hueck a.a.O. S. 404; Zluhan AcP 128, S. 264 ff.; Busse BB 1961, S. 261.

Mit der Nichtigkeit des Stimmbindungsvertrages entfällt die Verpflichtung des Gesellschafters, in bestimmtem Sinne zu stimmen oder nicht zu stimmen. Ein Gesellschafter, der entgegen solchen Vereinbarungen abstimmt, verletzt also keine Pflicht und wird nicht schadensersatzpflichtig, noch kann von ihm die Zahlung einer Konventionalstrafe verlangt werden¹.

(2) Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften mit vinkulierten Anteilen

Umstrittener ist die Frage nach der Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen bei Personengesellschaften und bei den entsprechend zu behandelnden Kapitalgesellschaften mit vinkulierten Anteilen.

Fischer² vertritt hierzu die Auffassung, jemand, der von der Willensbildung der Gesellschaft ausgeschlossen sei, dürfe auch nicht durch eine den Abstimmungsberechtigten bindende Stimmbindungsvereinbarung darauf einwirken können. Der Grundgedanke des Genehmigungserfordernisses für die Abtretung, das für die GmbH nach § 15 V GmbHG vereinbart³ und für die Personengesellschaften im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden kann, verlange das. Denn dadurch solle gerade sichergestellt werden, daß die mitgliedschaftliche Einflußnahme und Einwirkung auf die Geschicke und die Willensbildung der Gesellschaft nur von den Gesellschaftern ausgeübt werde und jeder Einfluß von dritter Seite ohne Billigung der Gesellschaft verhindert werde. Das bedeute, daß ohne oder gegen den Willen der übrigen Gesellschafter ein Stimmbindungsvertrag als Umgehung des Abtretungsverbots unzulässig sei, sofern der Gesellschaftsanteil nicht ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter an den

1) Boesebeck NJW 1960, S. 8; Fischer GmbHR 1953, S. 65, 67; Hueck, Nipperdey-Festschrift, S. 405; Westermann, Handbuch, Bem. I 277.

2) Fischer a.a.O. S. 67; ders. in Großkomm. zum HGB §119 Anm.34; zustimmend Wiedemann S. 119; offengelassen in BGHZ 48, S.163 ff. unter Hinweis auf den Aufsatz von Fischer a.a.O.; a.A. aber BGH NJW 1951, S. 286; Hueck a.a.O.; Westermann a.a.O.; Busse BB 1961, S. 261 ff. nehmen zu Fischer nicht ausdrücklich Stellung.

3) Ähnlich für die AG bei den vinkulierten Namensaktien.

Begünstigten abgetreten werden könne.

Der Gedanke Fischers erscheint zunächst bestechend. Es ist aber zweifelhaft, ob die Einwirkung auf die Willensbildung durch den Stimmbindungsvertrag mit der aus dem angetretenen Anteil gleichgestellt werden kann. Der Stimmbindungsvertrag wirkt nur zwischen den Vertragspartnern und läßt die Stimmausübung in der Gesellschafterversammlung nach wie vor bei dem gebundenen Gesellschafter¹. Eine Abtretung findet gerade nicht statt². Der Hauptgesellschafter verpflichtet sich nur schuldrechtlich, in bestimmtem Sinne zu stimmen. Das aber setzt gerade die eigene Ausübung des Stimmrechts voraus³. Eine dem Stimmbindungsvertrag widersprechende Abstimmung bleibt möglich und ist der Gesellschaft gegenüber wirksam. Der Abstimmende trägt auch weiterhin Verantwortung für seine Abstimmung. Er ist deshalb nicht verpflichtet, die versprochene Abstimmung vorzunehmen, wenn er dadurch seine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft verletzen würde. Eine entgegenstehende Abrede wäre auch wegen Sittenwidrigkeit nichtig⁴. Die Stimmbindungsvereinbarung kann daher nicht als Umgehung eines Abtretungsverbots angesehen werden.

Mit einem anderen Argument, das sich aber auch aus der personalistischen Struktur der Gesellschaft ergibt, verneint Busse⁵ die Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen zwischen einem Gesellschafter und einem gesellschaftsfremden Dritten⁶ bei Personengesellschaften. Der abstimmende Gesellschafter sei verpflichtet, sich von den Interessen der Gesellschaft leiten zu lassen. Ihm sei das Stimmrecht zur Verwirklichung des Ge-

1) So auch Busse BB 1961, S. 261.

2) Scholz § 15 Anm. 40.

3) Hueck, a.a.O. S. 409.

4) Vgl. oben S. 45 ff.

5) Busse BB 1961, S. 261 ff.; zustimmend Baumbach-Duden § 119 Anm. 2 G.

6) Stimmbindungsverträge unter Gesellschaftern sollen aber zulässig sein.

sellschaftszwecks eingeräumt. Er verletze deshalb seine Treuepflicht, wenn er die Entscheidung darüber, ob die Stimm- ausübung dem Wohle der Gesellschaft entspreche, einem Dritten überlasse, der seinerseits der Treuepflicht nicht unterliege und deshalb nicht zur Wahrnehmung der Interessen der Gesellschaft verpflichtet sei. Das gelte auch dann, wenn die durch den Stimmbindungsvertrag ausgeübte Entscheidungsbefugnis im Einzelfall nicht zum Schaden der Gesellschaft ausgeübt werde¹.

Demgegenüber weist Hueck² darauf hin, daß das Stimmrecht dem Gesellschafter gar nicht allgemein im Interesse der Gesellschaft gegeben ist, und unterscheidet zwei Gruppen.

Bei Beschlüssen hinsichtlich der Änderung der Grundlagen der Gesellschaft, wie der Änderung des Gesellschaftsvertrages, könne der Gesellschafter im allgemeinen frei stimmen. Dann aber sei kein Grund ersichtlich, warum er nicht einen Stimmbindungsvertrag mit einem Dritten solle schließen und sich dessen Weisungen solle unterwerfen können. Soweit aber ausnahmsweise eine Pflicht des Gesellschafters bestehe, auch Änderungen des Gesellschaftsvertrages zuzustimmen, könne ihm auch der Stimmbindungsvertrag nicht davon befreien.

Bei Beschlüssen über Geschäftsführungsmaßnahmen sei dagegen stets eine Treuepflicht des Gesellschafters zu bejahen. Ein

-
- 1) Keinesfalls kann Busse a.a.O. hinsichtlich der Rechtsfolgen zugestimmt werden: der Stimmabgabe aufgrund eines Stimmbindungsvertrags sollen die Gesellschafter generell die Arglisteinrede entgegenhalten können. Für die Wirksamkeit der Stimmabgabe kann es aber nur auf deren Inhalt, nicht auf die Art der Willensbildung ankommen, vgl. auch Fischer, GmbH 1953, S. 67; Hueck, Nipperdey-Festschrift, S. 405; Boesebeck NJW 1960, S. 8.
 - 2) Hueck, a.a.O. S. 416 ff.; Schlegelberger-Geßler § 119 Anm. 1; Westermann, Handbuch, Bem. I 277; Soergel-Schultze-v. Lasaulx § 709 Bem. 38 f.

Vertrag, der den Gesellschafter zu einem treuwidrigen Verhalten verpflichten soll, sei stets insoweit nichtig. In allen übrigen Fällen könne er aber nach seinem Ermessen entscheiden. Wie er dann zu dieser Entscheidung komme, ob durch Stimmbindung oder nicht, steht ihm dann frei¹.

Die Unterscheidung Huecks nach Geschäftsführungsbeschlüssen und sonstigen Beschlüssen dient der Feststellung, ob sich die Stimmabgabe im Rahmen der Treuepflicht hält²; im ersteren Fall wird die Maßnahme sich im Zweifel an der Treuepflicht zu orientieren haben, im letzteren Fall dagegen nur ausnahmsweise³.

Busse kann wohl auch an seiner eigenen Fragestellung widerlegt werden: Ein Personengesellschafter verletze durch die Abstimmungsvereinbarung seine Treuepflicht, da er dann die Entscheidung darüber, ob eine Stimmausübung dem Wohl der Gesellschaft entspreche, allgemein einem Nichtgesellschafter überlasse⁴. Das eben ist bei einem Stimmbindungsvertrag gerade nicht der Fall. Die Entscheidung darüber, ob die vereinbarte Stimmabgabe dem Wohl der Gesellschaft und damit seiner Treuepflicht entspricht, kann dem Gesellschafter nicht abgenommen werden. Der Gesellschafter ist stets verpflichtet, seine Stimmabgabe daraufhin zu überprüfen, ob sie mit seiner Treuepflicht vereinbar ist oder nicht. Er bleibt für seine Stimmabgabe verantwortlich und hat treuwidrige Verpflichtungen gewissermaßen auszufiltern. Die Treuepflicht bildet also das Korrektiv für den Stimmbindungsvertrag⁵.

Zu einer treuwidrigen Stimmabgabe kann sich der Gesellschafter im übrigen auch nicht wirksam verpflichten. Eine solche Verein-

1) Hueck, Nipperdey-Festschrift S. 417 ff.

2) Vgl. auch oben S. 86 f.

3) Vgl. Westermann, Handbuch, Bem. I 277.

4) Busse BB 1961, S. 262 (fett gedruckt).

5) Vgl. Westermann, Handbuch, Bem. I 277.

barung wird, zumal bei der Unterbeteiligung, meistens schon durch die hauptgesellschaftskonforme Auslegung¹ des Vertrags auszuschließen sein. Andernfalls ist eine solche Verpflichtung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gem. § 138 BGB nichtig². Sie kann deshalb keinerlei Rechtsfolgen auslösen, was namentlich für die Durchsetzbarkeit, Schadensersatzansprüche und Vertragsstrafen bedeutsam ist. Außerdem wäre auch eine entgegen der Treuepflicht abgegebene Stimme unwirksam; sie braucht von den übrigen Gesellschaftern nicht beachtet zu werden³.

Eine Grenze für die Durchführung von Stimmbindungsverträgen bildet aber die Verschwiegenheitspflicht des Gesellschafters⁴. Die Durchführung des Stimmbindungsvertrages kann auf Schwierigkeiten stoßen, wenn die Entscheidung über die Stimmabgabe eine genaue Kenntnis der internen Verhältnisse der Gesellschaft voraussetzt, hinsichtlich derer der Gesellschafter zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Soweit dem Gesellschafter hier kein Recht zur Weitergabe der Information, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, eingeräumt ist⁵, und dem Dritten auch kein Informationsrecht in der Gesellschaft eingeräumt ist⁶, ist ein Stimmbindungsvertrag in solchen Beschlußangelegenheiten nicht möglich. Die Verschwiegenheitspflicht der Gesellschafter zieht also für den Abschluß von Stimmbindungsverträgen mit Nichtgesellschaftern, also auch mit Unterbeteiligten, gewisse Grenzen, schließt sie aber nicht grundsätzlich aus.

1) S. o. S. 47 ff.

2) S. o. S. 49 ff.

3) Fischer NJW 1954, S. 777, 779; Hueck, OHG, S. 94 ff., 132; Staudinger-Keßler § 709 Anm. 20; Schlegelberger-Geßler § 119 Anm. 3; Zöllner S. 346, 347 m.w.N.

4) Hueck, Nipperdey-Festschrift, S. 420 ff.; vgl. auch oben S. 66.

5) Vgl. oben S. 71 f.

6) Hueck, Nipperdey-Festschrift, S. 421 f. mit Beispielen.

bb) Durchsetzbarkeit von Stimmbindungsverträgen

Der Stimmbindungsvertrag begründet lediglich eine schuldrechtliche Verpflichtung gegenüber dem Gesellschafter, in bestimmtem Sinne zu stimmen oder nicht zu stimmen. Wenn der Gesellschafter anders als vereinbart stimmt, ist die Abstimmung als solche gültig. Er verletzt aber die übernommene Vertragspflicht und wird deshalb gegebenenfalls wegen positiver Vertragsverletzung schadensersatzpflichtig¹. Da ein solcher Schaden im Einzelfall aber schwer nachzuweisen ist, empfiehlt sich die Vereinbarung einer Vertragsstrafe, die bei abredewidriger Stimmausgabe verwirkt ist. Das gilt natürlich nicht, wenn der Gesellschafter gezwungen war, aufgrund seiner Treuepflicht abredewidrig zu stimmen. Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für diesen Fall wäre ebenfalls sittenwidrig².

Streitig ist, ob die Erfüllung der vertraglichen Stimmpflicht durch Klage und Zwangsvollstreckung erzwungen werden kann. Dies wurde vom RG³ und der überwiegenden Lehre⁴ verneint. Nach dieser Ansicht ist ein unmittelbarer Erfüllungszwang mit den Vorschriften über die Willensbildung der Gesellschafterversammlung und den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen körperschaftlichen Willensbildung nicht vereinbar⁵.

Aus materiellen Gründen kann man aber wohl die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung nicht verneinen, nachdem man die bindende schuldrechtliche Wirkung des Stimmbindungsvertrages und auch eine Schadensersatzpflicht bei Nichterfüllung zugelassen hat⁶. Zu Recht bejaht deshalb der BGH die Möglichkeit der Erfüllungsklage⁷. Fraglich kann die Art der Zwangsvollstreckung sein⁸.

1) Allg. Meinung, vgl. Hueck, a.a.O. S. 406.

2) Fischer GmbHG Rdsch. 1953, S. 65, 67.

3) RGZ 107, S. 67; 112, S. 273, 279; 119 S. 389; 133 S. 93; 160, S. 257, 262; 165, S. 68, 78 = DR 1941, S. 333 mit abl. Anm. Bartholomeyczik.

4) Vgl. z.B. Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 114 Anm. 29; v. Gierke S. 310; Würdinger, Aktienrecht, S. 76; weitere Nachweise bei Peters AcP 156, S. 311 Fußn. 4.

5) RGZ 133, S. 93, 95.

6) Vgl. Fischer, a.a.O., S. 69.

7) BGHZ 48, S. 163, 170 ff.

8) Für § 887 ZPO: Peters AcP 156, S. 311 ff.; ders. in JZ 1968, S. 27; Mertens JR 1967, S. 462; Fischer a.a.O. will für Briefabstimmung § 894 ZPO, sonst § 888 ZPO anwenden.

Der BGH läßt hier die Vollstreckung nach § 894 ZPO zu¹. Diese Grundsätze sind zwar für die GmbH entwickelt worden. Sie sind aber auch für Personengesellschaften anwendbar², da hier noch weniger als bei den Kapitalgesellschaften Formvorschriften für die Gesellschafterbeschlüsse der Zwangsvollstreckung im Wege stehen.

Der Zwangsvollstreckung kommt bei den Stimmbindungsverträgen allerdings wohl keine große praktische Bedeutung zu, da der Berechtigte mit einer Klage meistens zu spät kommen wird.

cc) Möglichkeit der Stimmteilung

Soll eine Stimmbindung des Hauptbeteiligten nur hinsichtlich des internen Anteils des Unterbeteiligten erfolgen und kann eine Einigung über die Stimmabgabe nicht erzielt werden, so kann es bedeutsam sein, ob der Hauptbeteiligte seine Stimmen bei der Stimmabgabe in der Hauptgesellschaft derart teilen kann, daß er sie, soweit sein Anteil ihm zusteht, anders abgibt, als soweit er dem Unterbeteiligten zusteht. Dies setzte voraus, daß der Hauptbeteiligte bei der Abstimmung mehrere Abstimmungserklärungen abgeben könnte³. Zur Klärung dieser Frage muß wiederum nach den Gesellschaftsarten unterschieden werden.

Die Zulässigkeit der Stimmteilung bei Kapitalgesellschaften ist umstritten. Nach einer Meinung wird die uneinheitliche Stimmabgabe unabhängig davon zugelassen, ob der Gesellschafter einen oder mehrere Anteile besitzt, entweder allgemein⁴ oder aus wichtigem Grund⁵. Überwiegend wird die Zulässigkeit der

1) BGH a.a.O.; ähnlich Erman, Die AG 1959, S. 267 ff., 300 ff., der für die Stimmabgabe § 894 ZPO, für sonstige Mitwirkungspflichten § 887 ZPO anwendet; ebenso Grimm S. 93 ff.

2) Westermann, Handbuch, Bem. I 277.

3) Vgl. auch Heckelmann AcP 170 S. 330 f.

4) Flechtheim, BankA 1928/29, S. 419 ff.; v. Boehmer NJW 1949, S. 564 ff.; Wolany S. 218 f.

5) Müller-Erzbach S. 233; Ruth AcP 131, S. 236, 240 ff.; Haußmann JW 1928, S. 2904.

Stimmteilung jedoch nur für die Stimmen aus mehrfachem Anteilsbesitz bejaht, auch hier wieder allgemein¹ oder in Ausnahmefällen². Eine Mittelmeinung³ will, außer bei wichtigen Gründen, nur die Möglichkeit verbieten, teils für, teils gegen einen bestimmten Antrag zu stimmen, hält aber die - in der Sache denselben Zweck erreichende - teilweise Stimmenthaltung generell für zulässig. Nach Ansicht des BGH⁴ kann ein Gesellschafter, der nur einen Geschäftsanteil besitzt, nur einheitlich stimmen. Die Stimmabgabe könne nur mit allen diesem Gesellschafter zustehenden Stimmen vorgenommen werden. Weitergehend hat das RG⁵ sogar erklärt, daß eine uneinheitliche Stimmabgabe auch bei mehrfachem Anteilsbesitz nicht anerkannt werden könne.

Gegen die Teilbarkeit des Stimmrechts aus einem einzelnen Anteil an einer Kapitalgesellschaft sprechen erhebliche Gründe. So können mehrere Berechtigte die Rechte aus einem GmbH-Anteil gem. § 18 I GmbHG, aus einer Aktie gem. § 69 I AktG nur einheitlich ausüben. Der Personenverband wird hierdurch zur einheitlichen Wahrnehmung seiner gesellschaftlichen Verwaltungsrechte gezwungen. Sinn dieser Regelung ist es offenbar zu verhindern, daß durch die Zuordnung eines Anteils auf mehrere Personen die Verwaltungsrechte aufgeteilt werden. Das setzt voraus, daß eine solche Aufteilung auch einer Einzelperson nicht möglich sein soll⁶. Auch aus dem generellen Teilungsverbot der Aktie gem. § 8 III AktG und dem eingeschränkten Teilungsverbot des

-
- 1) Baumbach-Hueck, GmbHG § 47 Anm. 3 E; Baumbach-Hueck, AktG, § 118 Anm. 5; Schlegelberger-Quassowski § 114 Anm. 33; v. Godin-Wilhelmi § 134 Anm. 2.
 - 2) Scholz § 47 Anm. 9; Klausning JW 1927, S. 2983 ff.
 - 3) Hachenburg-Schmidt § 47 Anm. 6a; Winter GmbHRSch 1965, S. 23 ff. m.w.N.
 - 4) BGH GmbHRdsch 1965, S. 32 = BB 1964, S. 1272 mit Anm. Tiefenbacher.
 - 5) RGZ 157, S. 52 ff; abweichend von RGZ 137, S. 305, 314.
 - 6) Vgl. Heckelmann AcP 170, S. 324 ff.

Geschäftsanteils der GmbH gem. § 17 GmbHG kann ein Verbot der Aufteilung von Verwaltungsrechten gefolgert werden. Nach § 18 AktG ist die Teilung der Aktie generell, nach § 17 GmbHG ist die Teilung des GmbH-Anteils in der Hand eines Gesellschafters untersagt. Sie ist danach nur im Falle der Veräußerung oder Vererbung möglich und auch dann von der Genehmigung der Mitgesellschafter abhängig. Durch diese Vorschrift soll also verhindert werden, daß die Geschäftsanteile willkürlich vervielfältigt werden.

Sie verbietet demgemäß mittelbar auch die Aufteilung der Verwaltungsrechte¹. Dieses Ergebnis wird für die GmbH auch durch §§ 47, 45 GmbHG bestätigt. Diesen Vorschriften liegt die Auffassung zugrunde, daß der Gesellschafter die ihm zustehenden Stimmen nur ungeteilt in einer Abstimmungserklärung abgibt. Wenn ihm mehrere Stimmen zugebilligt sind, so soll dadurch nicht die Möglichkeit mehrerer Abstimmungserklärungen geschaffen werden. Die Stimmenzahl soll vielmehr das sich aus der Höhe der Kapitalbeteiligung oder sonstwie ergebende Maß des mitgliedschaftlichen Interesses ausdrücken, nach welchem sich bei der Abstimmung der Umfang der Mitwirkungsbefugnis bemißt². Eine geteilte Stimmabgabe für eine Aktie oder einen GmbH-Anteil ist also nicht möglich. Widersprechende Satzungsbestimmungen wären gem. § 134 BGB nichtig.

Eine andere Beurteilung könnte aber angebracht sein, wenn der Gesellschafter mehrere Anteile besitzt³. Der GmbH-Gesellschafter kann, ebenso wie der Aktionär, mehrere selbständige Anteile besitzen⁴. Das GmbHG geht in den §§ 15 II und 55 III von der Selbständigkeit später hinzuerworbener Anteile aus. Die einzelnen Anteile können selbständig übertragen, verpfändet oder gepfändet werden und Gegenstand eines Nießbrauchs sein. Zuordnungsobjekt der Verwaltungsrechte kann deshalb auch nicht eine einheitlich zu verstehende Mitgliedschaft sein, sondern

1) Vgl. Heckelmann, AcP 170 S. 324 ff. 340.

2) Vgl. vor allem Müller-Erzbach S. 217 ff.

3) Für Ausnahmefälle auch Hachenburg-Schmidt § 47 Anm. 6a; Scholz § 47 Anm. 9.

4) Heckelmann AcP 170, S. 338 ff. m.w.N.; a.A. Winter GmbHRdsch. 1965, S. 23, 27.

nur die durch den einzelnen Geschäftsanteil vermittelte Mitgliedschaft. Der Gesellschafter hat für jeden Anteil ein selbständiges Stimmrecht und kann es deshalb für jeden Anteil getrennt und gegebenenfalls unterschiedlich ausüben. Dies gilt dann aber unabhängig vom Vorliegen eines wichtigen Grundes¹. Die Frage, ob mehrere Stimmen unterschiedlich abgegeben werden können, kann schon im Interesse der Rechtsklarheit nicht von völlig außerhalb der Gesellschaft liegenden Umständen abhängig gemacht werden². Im übrigen haben sich die Gesellschafter, da die einzelnen Anteile selbständig übertragbar sind, ohnehin dem Risiko der Abstimmung durch so viele Personen wie Anteile ausgesetzt. Die Stimmbefugnisse aus den einzelnen Anteilen der GmbH, wie auch aus einzelnen Aktien, können also unterschiedlich ausgeübt werden.

Im Recht der Personengesellschaften wird die Möglichkeit der geteilten Stimmabgabe kaum behandelt. Soweit das nach dem Gesetz im Zweifel vorgesehene Einstimmigkeitsprinzip gilt, vgl. §§ 709 I BGB, 119 I, 161 II HGB, kommt sie ohnehin nicht in Betracht. Bei der nach diesen Vorschriften im Zweifel geltenden Abstimmungen nach Köpfen ist sie schon begrifflich ausgeschlossen. Sie ist nur dann denkbar, wenn die Satzung das Gewicht der jeweiligen Stimme nach der Höhe des Beitrages oder einem anderen Maß des mitgliedschaftlichen Interesses berechnet. In diesem Fall wird die geteilte Stimmabgabe nach einer Meinung allgemein für zulässig gehalten³, während sie nach anderer Ansicht bei entsprechender gesellschaftsvertraglicher Abmachung für möglich gehalten wird⁴. Der BGH lehnt dagegen die Möglichkeit der geteilten Stimmabgabe bei Personengesellschaften offenbar generell ab⁵.

-
- 1) Im Ergebnis auch Baumbach-Hueck, GmbHG, § 47 Anm. 3 E.
 - 2) Insoweit zutreffend v. Boehmer NJW 1949, S. 564 ff.; a.A. Winter GmbHRdsch. 1965, S. 28f., der das Vorliegen eines Stimmbindungsvertrages als wichtigen Grund für die Zulässigkeit der geteilten Stimmabgabe ansieht, ihn für die Unterbeteiligung jedoch ablehnt (S. 29) mit dem Hinweis, die Gesellschafter der Unterbeteiligung müßten sich einigen, und dabei übersieht, daß gerade auch durch die Unterbeteiligung eine Stimmbindung erfolgen kann.
 - 3) V. Boehmer NJW 1949, S. 564, 566.
 - 4) Herzfeld AcP 137, S. 310; Vogel S. 234; vgl. auch Klausung S. 75.
 - 5) BGHZ 24, S. 106, 115; ebenso Heckelmann AcP 170, S. 326 f.; Jüdel S. 41 f.

Der Auffassung der BGH ist zuzustimmen. Bei den Kapitalgesellschaften beruht, wie oben dargestellt, die Möglichkeit der geteilten Stimmabgabe darauf, daß der einzelne Anteil jeweils ein selbständiges Stimmrecht gewährt. Ein solcher mehrfacher Anteilsbesitz ist bei der Personengesellschaft nicht möglich¹. Erwirbt ein Gesellschafter einen weiteren Anteil, so wird lediglich sein bestehender Anteil im Wege der Anwachsung vergrößert. Zwar kann der Gesellschaftsvertrag die teilweise Übertragung der Mitgliedschaft vorsehen. Dies ist jedoch nur in der Weise möglich, daß die mitgliedschaftliche Stellung des "übertragenden" Gesellschafters geschmälert wird und die Mitgliedschaft mit ihren Rechten und Pflichten in der Person des Erwerbers neu entsteht². In der Personengesellschaft gibt es daher nur eine einheitliche Mitgliedschaft, der die Verwaltungsrechte zugeordnet sind. Diese können nicht in mehrere Teilrechte aufgespalten werden. Demgemäß kann der Personengesellschafter nur eine Abstimmungserklärung abgeben. Die Aufspaltung des Stimmrechts ist bei Personengesellschaften daher nicht möglich.

Die geteilte Stimmabgabe ist also bei der Unterbeteiligung nur in den seltenen Fällen möglich, wo sie an mehreren Anteilen einer Kapitalgesellschaft besteht. In den übrigen Fällen, in denen eine Einigung nicht zustande kommt und die Auffassung keines Gesellschafters der Unterbeteiligung den Vorrang hat, hat die Ausführung des betreffenden Geschäfts zu unterbleiben, vgl. § 709 BGB. Ist das nicht möglich, etwa weil es nur um die Zustimmung zu einer von mehreren Alternativen geht, so ist eine solche Stimmbindung hinfällig, und der Haupt-

1) BGH WM 1963, S. 989; Wiedemann, S. 72.

2) Hueck, OHG S. 292; Westermann, Handbuch, Bem. 393.

beteiligte kann als Außengesellschafter der Unterbeteiligung selbständig entscheiden¹.

Im Ergebnis kann somit festgestellt werden, daß dem Unterbeteiligten rechtlich verbindliche interne Mitwirkungsbefugnisse durch einen Stimmbindungsvertrag eingeräumt werden können. Dieser kann auch zwangsweise durchgesetzt werden. Eine uneinheitliche Stimmabgabe durch den Hauptbeteiligten ist dagegen, von den erwähnten Ausnahmen abgesehen, nicht möglich.

b) Mitwirkungsbefugnisse in der Hauptgesellschaft

Die Einwirkungsmöglichkeiten des Unterbeteiligten könnten weiter verstärkt werden, wenn ihm ein selbständiges Stimmrecht in der Hauptgesellschaft eingeräumt werden könnte. Da bei Personengesellschaften das Innenverhältnis grundsätzlich dispositiv ist und weder das Verbot des Mehrstimmrechts noch des Stimmrechtsausschlusses besteht², kann dort mit Zustimmung aller Gesellschafter auch einem Nichtgesellschafter, also etwa dem Unterbeteiligten, ein selbständiges Stimmrecht eingeräumt werden³, sei es für alle oder nur für bestimmte Gesellschafterbeschlüsse. Dagegen steht nach h.M.⁴ bei der GmbH das Stimmrecht nur den Gesellschaftern zu. Zulässig ist danach aber eine in der Wirkung ähnliche Vereinbarung, daß

1) Herzfeld AcP 137, S. 310; vgl. auch Kastner JBl. 1965, S. 74.

2) BGHZ 20, S. 366 ff., 370.

3) BGHZ 20, S. 366 ff., 370; BGH LM Nr. 6 zu § 109 HGB; BGH JZ 1960, S. 490 m. Anm. Hueck; ders. in OHG S. 86, Fußn. 10; S. 100 Fußn. 67; Westermann, Handbuch, Bem. I 275 und 323; Wiedemann S. 291, der auch den Unterschied zum echten Stimmrecht aufzeigt.

4) Baumbach-Hueck GmbHG § 42 Anm. 2 A; Hachenburg-Schmidt § 47 Anm. 4; Scholz § 47 Anm. 3 mit zutreffendem Hinweis auf die OHG in BGHZ 3, 354.

die Durchführung des fraglichen Beschlusses von der Zustimmung des Dritten abhängig sein soll, soweit die Natur der GmbH als selbständiger juristischer Person nicht entgegensteht¹.

Die Position des Unterbeteiligten würde schließlich noch weiter verstärkt, wenn er nicht nur zusätzlich zum Hauptbeteiligten, sondern anstelle des Hauptbeteiligten in der Hauptgesellschaft tätig werden könnte. Eine Möglichkeit, die Verwaltungsrechte als selbständige Rechte für den Unterbeteiligten abzuspalten, besteht nicht². Wohl aber ist die Abstimmung durch den Unterbeteiligten als Vertreter bei Personengesellschaften mit Zustimmung der Gesellschafter³, bei der GmbH schon nach der gesetzlichen Regelung, vgl. § 47 III GmbHG, zulässig. Der Hauptbeteiligte kann daher, bei Personengesellschaften mit Zustimmung der Mitgesellschafter, dem Unterbeteiligten eine Abstimmungsvollmacht einräumen. Eine unwiderrufliche Abstimmungsvollmacht bei gleichzeitigem Verzicht auf die eigene Stimmrechtsausübung ist allerdings nach h.M. nichtig, da sie einer unzulässigen Übertragung des Stimmrechts gleichkomme⁴. Es erscheint demgegenüber fraglich, ob nicht die Beschränkung einer solchen unwiderruflichen Vollmacht bis zur Grenze der sittenwidrigen Bindung

-
- 1) Baumbach-Hueck GmbHG, § 47 Anm. 2A; Scholz § 47 Anm. 11.
 - 2) BGHZ 3, S. 354; 20 S. 363, 368; BGH LM Nr. 5 zu § 106 HGB; Westermann, Handbuch, Bem. I 321; für die GmbH Scholz § 15 Anm. 71; Hachenburg-Schilling § 15 Anh. II Anm. 14; Fischer GmbHRdsch. 1952, S. 113; a.A. RGZ 157, S. 55.
 - 3) Schlegelberger-Geßler § 119 Anm. 1; Staudinger-Keßler, § 705 Anm. 18; Baumbach-Duden § 119 Anm. 3 C.
 - 4) BGHZ 3, S. 354; zustimmend Fischer LM Nr. 1 zu § 105 HGB; ders. im GmbHRdsch. 1952, S. 113; ders. in RGRK § 717 Anm. 11; Hueck JZ 1952, S. 115; Schlegelberger-Geßler § 119 Anm. 1; vgl. auch Wiedemann S. 276 ff., 331 ff. m.w.N.

des Gesellschafters möglich ist, so daß ihm das Stimmrecht in einem Kernbereich verbleibt¹. Praktisch läßt sich jedenfalls das gleiche Ergebnis erzielen, worauf Westermann² hinweist, wenn der Gesellschafter im Einverständnis mit der Gesellschaft auf sein Stimmrecht bis auf den Kernbereich verzichtet und dem Dritten ein dem fortfallenden Stimmrecht entsprechendes Stimmrecht eingeräumt wird, was auch nach h.M. zulässig ist.³

C. Gewinn und Verlust

Die Gewinn- und Verlustbeteiligung wird zumeist den wesentlichen Teil der Unterbeteiligung ausmachen. Sie sollte daher im Unterbeteiligungsvertrag besonders eingehend geregelt werden.

I. Gewinnbeteiligung

1. Beteiligung am Gewinnanteil des Hauptbeteiligten

a) Maßstab der Gewinnbeteiligung

Der Unterbeteiligungsvertrag muß Klarheit darüber schaffen, nach welchem Maßstab der Unterbeteiligte an den Früchten des Hauptgesellschaftsanteils, also besonders an dem hierauf entfallenden Geschäftsgewinn, beteiligt ist⁴.

Wird die Unterbeteiligung als Gegenleistung für ein vom Unterbeteiligten entrichtetes Entgelt eingeräumt, so wird dieses Entgelt regelmäßig den wirtschaftlichen Maßstab für

-
- 1) Erman, Nipperdey-Festschrift I, S. 277 ff.; kritisch auch Westermann, Handbuch, Bem. I 323 f.; vgl. auch BGHZ 44, S. 158, 162 = JZ 1966, S. 103 m. Anm. Wiedemann.
 - 2) Westermann, Handbuch, Bem. I 323 f.
 - 3) BGHZ 20, S. 363 läßt auch die Umdeutung der unwider-
rufflichen Vollmacht in eine solche gesellschaftsrecht-
liche Abrede zu.
 - 4) Zur Möglichkeit des Ausschlusses der Gewinnbeteiligung
s. o. S. 30 Fußn. 1.

die Höhe der Gewinnbeteiligung des Unterbeteiligten bilden. Der Unterbeteiligte wird dann prozentual in dem Verhältnis am Gewinn beteiligt, in dem seine Leistung zu dem Wert des Hauptgesellschaftsanteils steht¹. Ist der Hauptgesellschaftsanteil der Höhe nach in einem Nennbetrag festgelegt, so kann das Kapital der Beteiligung auch intern ziffernmäßig aufgeteilt und der Gewinn nach diesem Schlüssel aufgeteilt werden².

Abweichende Vereinbarungen sind natürlich möglich. So kann etwa dem Hauptbeteiligten mit Rücksicht auf seine Tätigkeit in der Hauptgesellschaft eine Vorzugsgewinnquote eingeräumt werden.

Ist über die Höhe des Gewinnanteils des Unterbeteiligten keine Vereinbarung getroffen worden, so bestimmt sich nach der Auslegungsregel des § 722 II BGB der Gewinnanteil nach dem Anteil am Verlust. Läßt sich eine Vereinbarung weder für die Gewinn- noch für die Verlustbeteiligung ermitteln, so greift die ergänzende Regelung des § 336 I HGB ein; danach gilt ein den Umständen angemessener Anteil als vereinbart³. Die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift ist durch die oben skizzierte⁴ parallele Struktur der Unterbeteiligung zur stillen Gesellschaft geboten. Die Vorschrift des § 722 I BGB, nach der jeder Gesellschafter im Zweifel ohne Rücksicht auf die Größe seines Beitrags einen gleichen Anteil an Gewinn und Verlust hat, ist auf die Normalform der BGB-Gesellschaft zugeschnitten, in der die Gesellschafter gleichberechtigt nebeneinanderstehen. Sie paßt daher nicht für die überwiegend

1) Vgl. z.B. das Muster von Fiegle, Prüfung von Verträgen, S. 116 (§ 2).

2) Böttcher-Zartmann S. 81; vgl. z.B. auch BGH WM 1967, S. 685; Model-Haegeler Bem. 1167 (§ 2); Klauss S. 174 (§ 3).

3) Bopp S. 16; Pöllinger S. 49; a.A. Greifeld S. 55 f., der § 722 I BGB anwenden will.

4) S. o. S. 30 ff.

kapitalmäßige Beteiligung des Unterbeteiligten und des stillen Gesellschafters wie auch des Kommanditisten, vgl. § 168 II HGB.

b) Umfang des zu verteilenden Gewinns

Ferner muß geklärt sein, in welchem Umfang der Unterbeteiligte am Gewinn des Hauptgesellschaftsanteils teilnimmt, ob er an dem jeweils ausgeschütteten Gesamtgewinn beteiligt ist oder nur an dem Gewinn, der aus dem laufenden Betrieb des Handelsgewerbes erzielt ist, nicht aber an den Erträgen, die aus der Veräußerung von Gegenständen des Anlagevermögens stammen.

Bei der stillen Gesellschaft ist der stille Gesellschafter nach überwiegender Meinung¹ nur am Betriebsergebnis des Handelsgewerbes und dem daraus resultierenden Gewinn beteiligt, nicht aber am Geschäftsvermögen. Gewinne und Verluste aus der Veräußerung von Gegenständen des Anlagevermögens, z.B. von Grundstücken, sind deshalb nicht zu berücksichtigen, außer bei Geschäften, die aus betrieblichen Gründen erfolgen und in einem derartigen Handelsgeschäft gewöhnlich vorkommen², oder aus der Veräußerung solcher Anlagegüter stammen, die während des Bestehens der Gesellschaft aus Betriebsmitteln angeschafft sind³.

Die Unterscheidung der Beteiligung am Betriebs- und am Geschäftsgewinn läßt sich damit begründen, daß die Beteiligung am Geschäftsgewinn eine Beteiligung am inneren Wert bedeutet, die bei der typischen stillen Gesellschaft nach § 340 HGB gerade ausgeschlossen sein soll. Die Unterscheidung macht aber die Aufstellung einer zusätzlichen Ertragsbilanz erforderlich, in der Wertschwankungen des vorhandenen Anlagevermögens sowie

-
- 1) Schlegelberger-Geßler § 337 Anm.5; Paulick S. 191 ff.; Koenigs S. 181 ff., jeweils m.w.N.; a.A. Sudhoff NJW 1960, S. 2121; Fischer JR 1962, S. 204.
 - 2) Vgl. Koenigs S. 189.
 - 3) Die h.M. nimmt sogar nur diese aus, vgl. RGZ 120, S. 410; BGH LM Nr. 3 zu § 340 HGB; Baumbach-Duden § 337 Anm. 1; Schlegelberger-Geßler § 337 Anm. 5; Paulick S. 192; Schilling in Großkomm. HGB § 337 Anm. 4.

Gewinne und Verluste aus Gründen, die nicht dem Betrieb des Handelsgewerbes zuzurechnen sind, nicht zu berücksichtigen sind. Nach dieser Bilanz ist dann der Anteil des stillen Gesellschafters zu berechnen¹.

Für die Unterbeteiligung würde das bedeuten, daß für die gesamte Hauptgesellschaft zunächst eine zusätzliche Ertragsbilanz zu erstellen wäre. Nach dieser Bilanz wäre der Anteil des Hauptbeteiligten zu berechnen, nach dem sich dann der Anteil des Unterbeteiligten bestimmte. Ein solcher Abrechnungsmodus wäre aber sehr kompliziert und für den Hauptbeteiligten vielfach kaum durchführbar; man denke nur an einen nur kapitalmäßig beteiligten Kommanditisten oder an einen GmbH-Gesellschafter. Zudem wäre dem Unterbeteiligten eine Kontrollmöglichkeit verwehrt, da er in die Interna der Gesellschaft keinen Einblick nehmen kann. Die Höhe des effektiv ausgeschütteten Gewinnanteils kann der Unterbeteiligte an Hand der Konten des Hauptbeteiligten feststellen, nicht aber die Höhe eines solchen fiktiven Gewinnanteils.

Die kaufmännische Praxis verzichtet deshalb bei der Unterbeteiligung regelmäßig auf eine solche doppelte Buchführung. Die Formularverträge enthalten im allgemeinen nur die Klausel, daß der Unterbeteiligte mit einer Quote an dem auf den Hauptgesellschaftsanteil entfallenden Gewinnanteil beteiligt ist². Eine solche Klausel ist dann im Zweifel dahingehend auszulegen, daß dies für den nach der Bilanz der Hauptgesellschaft ausgewiesenen Gewinn gilt, gleichgültig woraus er sich zusammensetzt. Denn der Unterbeteiligte soll an dem Hauptgesellschaftsanteil und dem darauf entfallenden Gewinn so teilnehmen, wie er sich aus dem Hauptgesellschaftsvertrag ergibt. Das folgt auch aus der oben beschriebenen Ergänzungsfunktion des Haupt-

1) Vgl. statt aller Koenigs. S. 194 m.w.N.

2) Vgl. z.B. Fiegle, Die Gesellschaft, S. 225 (§ 2); Klauss S. 174 (§ 3).

gesellschaftsvertrags¹; indem auf den Gewinnanteil des Hauptbeteiligten Bezug genommen wird, wird im Zweifel auch auf die hierfür geltenden Bilanzierungs- und Berechnungsgrundsätze der Hauptgesellschaft Bezug genommen. Der Unterbeteiligungsvertrag wird also insoweit durch die Regelung des Hauptgesellschaftsvertrags ergänzt. Der Unterbeteiligte ist deshalb im Zweifel auch an einem ausgeschütteten Gewinn beteiligt, der auf Wertänderungen und betriebsfremden Gründen beruht. Denn der Unterbeteiligte soll an den Früchten des Gesellschaftsanteils, nicht an solchen aus dem Betrieb des Unternehmens teilnehmen.

Soll der Unterbeteiligte nicht an den inneren Werten des Gesellschaftsanteils beteiligt werden, so könnte er allerdings bei dieser Berechnungsweise u.U. einen ungewollten Vorteil erlangen, wenn erhebliche Anlagewerte veräußert und als Gewinn realisiert werden. Der Unterbeteiligungsvertrag kann dann hiergegen etwa vorsehen, daß der Unterbeteiligte an einem Gewinn nicht beteiligt ist, der sich aus der Veräußerung von Geschäftsgrundstücken ergibt, die im Zeitpunkt des Abschlusses des Unterbeteiligungsvertrages bereits vorhanden waren². Bei der Veräußerung eines wesentlichen Teils des Gesellschaftsvermögens, etwa bei der Aufgabe eines Filialbetriebes, kann dieses Ergebnis auch unter Berücksichtigung der Zweckvereinbarung zu erzielen sein³.

Grundsätzlich ist aber mangels anderer Abrede davon auszugehen, daß der Unterbeteiligte an dem Gewinn des Hauptbeteiligten beteiligt ist, so wie er sich nach der Bilanz der Hauptgesellschaft darstellt⁴.

Fraglich könnte sein, ob das auch gilt, wenn die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über die Gewinnermittlung und die

1) S. o. S. 36 ff.

2) Vgl. das Muster von Model-Haegelé Bem. 1167 (§ 2 II).

3) Es handelt sich um eine Frage der Teilliquidation.

4) Vgl. Westermann, Handbuch Bem. I 962; Böttcher-Zartmann S. 80.

Gewinnverteilung nachträglich zugunsten des Hauptbeteiligten und damit auch des Unterbeteiligten geändert werden¹. Auch hier wird eine Gewinnbeteiligung nur in dem Umfang anzunehmen sein, wie sie sich aufgrund der jeweiligen Regelung des Hauptgesellschaftsvertrages ergibt. Hat der Hauptbeteiligte allerdings an einem solchen Beschluß entgegen seinen Verpflichtungen aus dem Unterbeteiligungsvertrag mitgewirkt, so ist er dem Unterbeteiligten schadensersatzpflichtig². Haben die Hauptgesellschafter dabei zusammengewirkt, um den Gewinnanspruch des Unterbeteiligten zu vereiteln, haben sie etwa nur den auf den Hauptbeteiligten entfallenden Gewinnanteil herabgesetzt, ohne daß hierfür ein einleuchtender Grund vorhanden ist, so hat der Unterbeteiligte gegen sie einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB.

c) Entnahmebeschränkungen

Die Einwirkung des Hauptgesellschaftsvertrags auf die Unterbeteiligung zeigt sich auch hinsichtlich der Entnahmebeschränkungen. Der Unterbeteiligte ist an dem Gewinnanteil nur im gleichen Umfang beteiligt wie der Hauptbeteiligte. Sind diesem nach dem Hauptgesellschaftsvertrag die Gewinnbeträge ganz oder teilweise auf Privat- oder Verrechnungskontozuschreiben, so ist der Unterbeteiligte auch hieran beteiligt. Entsprechend muß der Unterbeteiligte aber auch alle Entnahmebeschränkungen, denen sich der Hauptbeteiligte im Hauptgesellschaftsvertrag unterworfen hat, gegen sich gelten lassen³. An den eventuell ausgeschütteten Zinsen für den stehengelassenen Gewinn nimmt der Unterbeteiligte dann ebenfalls anteilmäßig teil.

-
- 1) Zur Zulässigkeit bei Abtretung der Gewinnansprüche vgl. RGZ 98, S. 318, 320; Hueck, OHG S. 185; Westermann, Handbuch Bem. I 326; Wiedemann S. 304; a. A. Staudinger-Keßler § 717 Anm. 15.
 - 2) Zur Pflicht, überhöhte Rücklagen zu verhindern, s. u. S. 119.
 - 3) Böttcher-Zartmann S. 82 f.; Westermann, Handbuch Bem. I 963.

Schwierigkeiten hinsichtlich der Behandlung des stehengebliebenen Gewinns können bei der Beendigung der Unterbeteiligung entstehen, wenn dieser Gewinn nicht gleichzeitig ausgeschüttet wird, der Hauptbeteiligte aus der Hauptgesellschaft ausscheidet oder diese aufgelöst wird. Westermann¹ legt dar, daß in einem solchen Fall der Unterbeteiligte im Zweifel nicht den seiner Quote entsprechenden Betrag vom Hauptbeteiligten in bar verlangen könne. Dem würde auch die dem Unterbeteiligten gegenüber wirksame Bindung des Gewinns durch den Hauptgesellschaftsvertrag widersprechen. Zahlung könne der Unterbeteiligte nur fordern, soweit dem Hauptgesellschafter die Mittelaufbringung zumutbar sei. Bis zur Zahlung habe dieser dem Unterbeteiligten den Nutzungsteil weiterzugeben.

Die Besonderheit liegt in einem solchen Fall darin, daß die Bindung der Unterbeteiligung durch den Hauptgesellschaftsvertrag über das Ende der Unterbeteiligung hinauswirkt. Es läßt sich hier eine Parallele zur Vorschrift des § 340 II HGB ziehen. Danach werden die zur Zeit der Auflösung schwebenden Geschäfte von dem Inhaber des Handelsgeschäfts abgewickelt. Der stille Gesellschafter nimmt am Gewinn und Verlust aus diesen Geschäften teil. Schwebende Geschäfte und gebundene Gewinne haben gemeinsam, daß das Geschäft nicht sofort beendet und der Gewinn nicht sofort realisiert werden kann. Der Hauptbeteiligte hat daher nur den tatsächlich realisierten Gewinn, die Zinsen des Darlehenskontos, anteilmäßig an den Unterbeteiligten weiterzugeben. Eine vorzeitige Abwicklung kann nur im Rahmen des Zumutbaren² nach Treu und Glauben erfolgen, eventuell durch eine quotenweise Abfindung. Der Unterbeteiligungsvertrag trifft daher hierüber zweckmäßig eine ausdrückliche Regelung.

1) Westermann, Handbuch, Bem. I 963.

2) Vgl. Westermann, Handbuch, Bem. I 963.

Soweit dem Hauptbeteiligten das Entnahmerecht zusteht, wird er dem Unterbeteiligten gegenüber vielfach verpflichtet sein, es auch auszuüben, um den anteiligen Gewinn an den Unterbeteiligten auszukehren. Der Unterbeteiligungsvertrag kann aber auch zusätzliche Entnahmebeschränkungen vorsehen, etwa in der Weise, daß die Entnahmen des Unterbeteiligten, soweit sie nicht zu Steuerzahlungen benötigt werden, nach dem billigen Ermessen des Hauptbeteiligten beschränkt werden können, soweit dies die Liquidität der Gesellschaft erforderlich macht¹, oder daß die Gesellschafter sich verpflichten, die Entnahmen auf das Notwendigste zu beschränken², schließlich gar, daß der Unterbeteiligte zur Entnahme von Kapitalzinsen oder Gewinn nur unter schriftlicher Zustimmung des Hauptbeteiligten berechtigt ist.³

Derartige Vereinbarungen werden besonders bei der Unterbeteiligung von Familienangehörigen vorkommen, um den Hauptgesellschaftsanteil vor einer Schwächung zu schützen, oder dann, wenn der Unterbeteiligte auch am inneren Wert des Anteils beteiligt ist und deshalb ein Interesse an der Stärkung des Anteils hat.

d) Bildung von Rücklagen

Die Hauptgesellschafter können in der Handelsbilanz durch Rückstellungen, Unterbewertungen und erhöhte Abschreibungen offene und stille Reserven bilden und dadurch einen Teil des Gewinns von der Verteilung ausschließen, um ihn als Hilfswuelle im Gesellschaftsvermögen zu erhalten⁴. Da der Unterbeteiligte an dem Gewinn des Hauptbeteiligten so teilnimmt, wie er sich

1) Vgl. das Muster von Model-Haegele Bem. 1167 (§ 3 II).

2) Vgl. den Fall des BFH BStBl 1963 III, S. 211.

3) Von einer solchen Regelung ist jedoch unter dem Gesichtspunkt der steuerlichen Anerkennung abzuraten; vgl. den Fall des RFH Stuw 1930 II Nr. 356.

4) Zur Rücklagenbildung vgl. Westermann Handbuch, Bem. I 301 ff.; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 42 Anm. 3.

aus der Bilanz der Hauptgesellschaft ergibt, wird durch die Rücklagenbildung der auf ihn entfallende Gewinnanteil geschmälert. Der Unterbeteiligte wird daher im allgemeinen ein Interesse an der Ausschüttung des Gewinns und der Verhinderung von Rücklagen haben, jedenfalls wenn er daran bei Auflösung der Unterbeteiligung nicht beteiligt ist¹. Der Hauptbeteiligte hat hier wieder die Interessen des Unterbeteiligten mit wahrzunehmen, soweit das nach dem Recht der Hauptgesellschaft zulässig ist.

Der Hauptbeteiligte ist zur Zustimmung bei der Bildung von Rücklagen verpflichtet, sofern sie im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung vorgesehen ist. Andernfalls muß er der Rücklagenbildung nur in dem Ausmaß zustimmen, das bei gewissenhafter kaufmännischer Abwägung aller Verhältnisse notwendig erscheint, um das Unternehmen für die Zukunft handlungs- und leistungsfähig zu erhalten, vgl. §§ 42 GmbHG, 40 HGB². In diesem Rahmen ist daher eine Wahrnehmung der Interessen der Unterbeteiligung ausgeschlossen.

Darüber hinaus braucht aber der Hauptbeteiligte die Bildung offener oder stiller Reserven nicht hinzunehmen, da dadurch sein Gewinnanteil beeinträchtigt würde. Hier muß dann der Hauptbeteiligte die Interessen des Unterbeteiligten mit berücksichtigen und darf der Bildung zusätzlicher Rücklagen, wie auch zusätzlicher Entnahmebeschränkungen, im Zweifel nicht zustimmen. Allerdings ist das Interesse des Unterbeteiligten, im Gegensatz zu dem des Treugebers, nicht allein ausschlaggebend, wenn ihm ein Interesse des Hauptbeteiligten an der Bildung verstärkter Rücklagen gegenübersteht. Das Maß der

1) Vgl. unten S. 159 ff.

2) Vgl. Westermann, Handbuch Bem. I 301 ff.; Hueck, OHG, S. 175.

Rücksichtnahme auf die Interessen des Unterbeteiligten richtet sich wieder nach der jeweiligen Zweckrichtung der Unterbeteiligung¹. Bei der schenkweise eingeräumten Unterbeteiligung etwa wird der Hauptbeteiligte einen weitgehenden Handlungsspielraum haben, während er bei der gegen Entgelt eingeräumten Unterbeteiligung der Bildung nicht notwendiger Rücklagen im Zweifel widersprechen muß.

Hat der Hauptbeteiligte der Bildung übermäßiger Reserven zugestimmt, obgleich er dazu nach dem Hauptgesellschaftsvertrag nicht verpflichtet und nach dem Unterbeteiligungsvertrag nicht berechtigt war, so bedeutet die Zustimmung eine positive Vertragsverletzung des Unterbeteiligungsvertrages. Er hat dann dem Unterbeteiligten Schadensersatz zu leisten und ihn so zu stellen, als wenn nur notwendige Rücklagen gebildet worden wären². Haben die Gesellschafter der Hauptgesellschaft sittenwidrig zusammengewirkt, um einen Gewinnanspruch des Unterbeteiligten zu vereiteln, so kann dieser Schadensersatzansprüche nach § 826 BGB geltend machen³.

Wird eine offene oder stille Reserve aufgelöst, so kann sie wieder zur Gewinnverteilung herangezogen werden, an der dann auch der Unterbeteiligte beteiligt ist.

e) Berücksichtigung der Geschäftsführungstätigkeit

Bei der Berechnung des Gewinnanteils des Unterbeteiligten ist, wie ausgeführt, der ganze Gewinnanteil des Hauptbe-

1) Vgl. oben S. 41.

2) Vgl. zur Frage bei der Abtretung des Gewinnanteils Hueck, OHG, S. 184; Wiedemann S. 304 f.

3) Auch der Zessionar der Gewinnansprüche hat in einem solchen Fall im übrigen keine Ansprüche gegen die Gesellschaft, vgl. RGZ 90, S. 318, 320; Hueck, OHG, S. 185; Westermann, Handbuch, Bem. I 326; Wiedemann S. 304 f.; a.A. Staudinger-Keßler § 717 Anm. 13.

teiligten zugrunde zu legen. Das gilt mangels anderer Abreden auch dann, wenn der Hauptbeteiligte der Hauptgesellschaft seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt; denn hinsichtlich des Gewinnumfangs wird auf die Regelung nach dem Hauptgesellschaftsvertrag Bezug genommen, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist. Ist daher in der Hauptgesellschaft keine besondere Vergütung für die Dienste der Gesellschafter vereinbart, so kann sie im Zweifel der Hauptbeteiligte auch vom Unterbeteiligten nicht verlangen¹. Die Tätigkeit kann freilich bei der Vereinbarung der Höhe der Gewinnbeteiligungsquote² oder durch die Einräumung einer Vorzugsgewinnquote berücksichtigt werden.

An einer Geschäftsführungsvergütung, selbst wenn sie gewinnabhängig ist, nimmt der Unterbeteiligte dagegen grundsätzlich nicht teil³. Denn diese Vergütung wird unabhängig von der gesellschaftlichen Beteiligung gezahlt. Das ist allerdings dann nicht der Fall, wenn sie über das reine Tätigkeitsentgelt hinausgeht und auf der besonderen Stellung des Hauptbeteiligten in der Hauptgesellschaft beruht, etwa weil er der einzige Komplementär einer KG ist⁴. Hier wäre eine gewisse Beteiligung des Unterbeteiligten erwägenswert, wird aber im Zweifel schon wegen der Schwierigkeit der Aufteilung nicht gegeben sein.

f) Beteiligung an Entnahmen nach § 122 HGB

Fraglich ist, ob der Unterbeteiligte auch an den Entnahmen nach § 122 HGB beteiligt ist. Danach können die OHG-Gesellschafter Geld bis zu einem Betrag von 4% ihres Kapitalanteils zu ihren Lasten entnehmen, auch wenn die Gesellschaft

1) Herzfeld AcP 137, S. 300.

2) Vgl. den Fall des FG Düsseldorf EFG 1961, S. 306, wo der zu 20% Unterbeteiligte die Geschäftsführung ausübte und deshalb 50% des Gewinns erhielt.

3) Westermann, Handbuch, Bem. I 964.

4) Westermann, Handbuch, a.a O.

keinen Gewinn erzielt hat. Ein solcher vertraglicher Anspruch auf bestimmte Entnahmen aus der Gesellschaftskasse in Form fester Zinsen oder Vierteljahresbezüge ist kein Gewinnanspruch, wohl aber wird er auf den Gewinn verrechnet, vgl. § 121 HGB. Das Entnahmerecht ist vielmehr als Sicherung des Lebensunterhalts des Gesellschafters gedacht, der der Gesellschaft seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt¹. Daß es sich nur um eine Art pauschalierter Geschäftsführervergütung handelt, wird auch dadurch deutlich, daß das Entnahmerecht nach § 122 HGB für den Kommanditisten, der nur kapitalmäßig beteiligt ist, in § 169 I 1 HGB ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Die Besonderheit besteht allerdings darin, daß diese Vergütung nicht die gesamte Gesellschaft, sondern nur jeweils den Anteil des einzelnen Gesellschafters belastet. Sein Aktivsaldo wird um den entnommenen Betrag vermindert. Ein an der Substanz beteiligter Unterbeteiligter könnte deshalb durch stetige Entnahmen des Hauptbeteiligten, wenn er nicht daran beteiligt ist, erhebliche Einbußen erleiden. Zu bedenken ist auch, daß die Entnahmen die Vorzugsdividende nach § 121 HGB schmälern und somit auch die Gewinnaussichten des Unterbeteiligten beeinträchtigen, sofern nicht statt der gesetzlich vorgesehenen beweglichen Kapitalkonten feste Gesellschafterkonten eingerichtet sind².

Dennoch handelt es sich bei den Entnahmen nicht um einen echten Ertrag des Gesellschaftsanteils³ oder um eine vorweggenommene Teilauseinandersetzung⁴, sondern um eine pauschale

1) Hueck, OHG, S. 179.

2) Zu den unterschiedlichen Kontenbildungen vgl. Sudhoff S. 196 ff.; Westermann, Handbuch, Bem. I 296 ff.

3) So Wiedemann S. 405, der deshalb eine Beteiligung des Nießbrauchers annimmt.

4) V. Godin S. 97; ders. in JR 1948, S. 63; v. Schilling, DB 1954, S. 562.

Tätigkeitsvergütung mit besonderer Berechnungsweise, die im gesetzlichen Normalfall den Lebensunterhalt des Gesellschafters sichern soll.

Der Unterbeteiligte ist deshalb an den Entnahmen nach § 122 HGB ähnlich wie an der Geschäftsführervergütung im Zweifel nicht beteiligt. Der Unterbeteiligungsvertrag kann das ändern. Dazu wird besonders dann Anlaß bestehen, wenn der OHG-Gesellschafter noch ein zusätzliches Geschäftsführergehalt bezieht oder in der Geschäftsführung nicht aktiv mitwirkt, oder wenn der zu entnehmende Betrag die Höhe eines üblichen Geschäftsführergehalts erheblich übersteigt. In solchen Fällen kann dieses Ergebnis auch durch Auslegung zu erzielen sein¹.

2. Beteiligung an sonstigen Rechten

Es besteht Uneinigkeit darüber, ob der Unterbeteiligte auch an den über den eigentlichen Gewinn hinausgehenden sonstigen vermögensrechtlichen Vorteilen des Anteils beteiligt ist, wie z.B. der Bezugsrechte und Optionen. Nach Staudinger-Geiler² und Herzfeld³ nimmt der Unterbeteiligte an allen vermögensrechtlichen Vorteilen des Anteils teil, während Westermann⁴ eine Beteiligung an solchen Rechten im Zweifel ausschließt; je nach Art des Rechts und der Umstände der Unterbeteiligung sei aber im Einzelfall eine andere Auslegung möglich.

Die unterschiedliche Behandlung ist wohl daraus zu erklären, daß jeweils ein unterschiedlicher Unterbeteiligungstyp als Anschauungsobjekt zugrundegelegt ist. Bei der vor-

-
- 1) Das Entnahmerecht ist nach h.M. nicht abtretbar, vgl. RGZ 13, 17; Fischer in RGRK-BGB § 717 Anm. 6; Schlegelberger-Geßler § 122 Anm. 6; Hueck, OHG, S. 180; Wiedemann S.294 m.w.N.
 - 2) Staudinger-Geiler Anh. zu § 705 ff. Anm. 78.
 - 3) Herzfeld AcP 137, S. 302 f.; Staub-Pinner Anh. zu § 342 Anm. 5; Janberg DB 1953, S. 79.
 - 4) Westermann, Handbuch, Bem. I 964.

wiegend kapitalmäßigen, hier als typisch bezeichneten Unterbeteiligung an Gewinn und Verlust der Hauptgesellschaft, die Westermann als Ausgangsmodell zugrunde legt, wird eine Beteiligung an sonstigen Rechten im Zweifel zu verneinen sein. Denn hier soll der Unterbeteiligte regelmäßig gegen Zahlung eines bestimmten Entgelts, das er nach Beendigung der Unterbeteiligung zurückerhält, an dem laufenden Gewinn beteiligt werden, nicht dagegen am Substanzzuwachs und an außergewöhnlichen Früchten wie Bezugsrechten. Soll der Unterbeteiligte dagegen dem Hauptbeteiligten möglichst weitgehend gleichgestellt und insbesondere auch an der Substanz des Anteils beteiligt sein, handelt es sich also um eine atypische Unterbeteiligung, - hiervon gehen Staudinger-Geiler und Herzfeld aus, - so wird eine Beteiligung auch an den sonstigen vermögensrechtlichen Vorteilen der Beteiligung eher zu bejahen sein.

Daneben kann man u.U. zwischen personenbezogenen und anteilsbezogenen Rechten differenzieren; an einem Recht des Gesellschafters, die Einrichtungen der Gesellschaft frei zu benutzen, wird der Unterbeteiligte im Zweifel nicht beteiligt sein, da sich hierdurch die Zahl der Benutzer vervielfachen könnte. An einem Vorkaufsrecht des Hauptbeteiligten an Anteilen, die ein Mitglied seines Stammes veräußert, wird der atypische Unterbeteiligte nur dann beteiligt sein, wenn er selbst Mitglied dieses Stammes ist.

Praktisch bedeutsam ist die Frage, ob der Unterbeteiligte an einer Erhöhung des Kapitalanteils durch Stehenlassen von Gewinn nach § 122 II HGB, das Zuführen neuer Mittel oder eine gesellschaftliche Kapitalerhöhung zu beteiligen ist. Als Vorfrage wäre zu klären, ob der Hauptbeteiligte zu einer Anteilserhöhung überhaupt berechtigt ist. Der BGH¹ hat hierzu ausgeführt, der Hauptbeteiligte sei nicht berechtigt, seine Einlage zu erhöhen und dadurch den Gewinnverteilungsschlüssel ohne Zustimmung des Unterbeteiligten zu verändern. Denn eine Unterbeteiligung sei eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts, in der kein Gesellschafter einseitig seine Einlage erhöhen

1) BGH WM 1966, S. 188, 191.

und damit den Gewinnverteilungsschlüssel ändern könnte. Hätte dagegen in diesem Fall eine stille Gesellschaft bestanden, so sei der Hauptgesellschafter berechtigt, seine Einlage und damit seine Gewinnbeteiligung zu erhöhen, sofern die Belange der OHG die Zuführung neuen Kapitals erfordert hätten. In diesem Fall ergäbe sich das Recht, die Einlage zu erhöhen, für den Hauptgesellschafter als Mitglied der OHG daraus, daß in § 337 III HGB nur von dem Gewinn, den der stille Gesellschafter stehen läßt, gesagt wird, er vermehre die Einlage nicht.

Der BGH hat hier eine recht vordergründige, am Begrifflichen orientierte Unterscheidung zwischen stiller Gesellschaft und Unterbeteiligung vorgenommen. Die strukturellen Parallelen zwischen der Unterbeteiligung und der stillen Gesellschaft an der Hauptgesellschaft¹ lagen in dem entschiedenen Fall um so näher, als bis zum BGH nicht geklärt werden konnte, ob das eine oder das andere vorlag. Zwar ist im allgemeinen bei der BGB-Gesellschaft eine einseitige Beitragserhöhung ohne Zustimmung der Gesellschafter nicht zulässig, § 707 BGB. Dieses Verbot beruht vor allem auf dem Gedanken, daß nicht das Risiko der Gesellschafter vergrößert werden soll, bei der Auseinandersetzung aus dem Gesellschaftsvermögen die erhöhte Einlage zurückzuzahlen und bei Verlusten ausgleichspflichtig zu werden². Dies gilt aber nicht für die Unterbeteiligung, da hier der Unterbeteiligte analog § 337 II BGB nur mit der "Einlage" haftet³. Der Hauptbeteiligte ist deshalb ebenso berechtigt, seine Einlage zu erhöhen und einer Kapitalerhöhung zuzustimmen, wie die Hauptgesellschaft gegenüber einem stillen Gesellschafter zur Kapitalerhöhung berechtigt ist, nämlich sofern die Zuführung neuen Kapitals

1) S. o. S. 30 ff.

2) Vgl. Fischer in BGB-RGRK § 717 Anm. 1; Koenigs S. 140; Soergel-Schultze-v. Lasaulx § 707 Bem. 4; Staudinger-Keßler § 707 Anm. 7.

3) S. u. S. 128.

für die Gesellschaft erforderlich ist¹ oder dem Hauptbeteiligten aufgrund der besonderen Zweckvereinbarung ein weiterer Handlungsspielraum eingeräumt ist. Der Hauptbeteiligte kann zur Mitwirkung an einer Kapitalerhöhung u.U. sogar verpflichtet sein, wenn diese nach dem Hauptgesellschaftsvertrag durch einen Mehrheitsbeschluß herbeigeführt werden kann. Insoweit wirkt der Hauptgesellschaftsvertrag für die Unterbeteiligung wieder inhaltsbestimmend². Der Unterbeteiligte ist nicht verpflichtet, sich an einer Kapitalerhöhung anteilig zu beteiligen, § 707 BGB. Der Hauptbeteiligte kann aber aufgrund seiner gesellschaftlichen Treuepflicht verpflichtet sein, dem Unterbeteiligten die Möglichkeit einzuräumen, sich an der Erhöhung des Gesellschaftsanteils oder an dem aufgrund eines Bezugsrechts übernommenen neuen Anteils zu beteiligen³. Das wird besonders dann angebracht sein, wenn durch die Kapitalerhöhung als absolute Höhe der laufenden Gewinne des Unterbeteiligten verringert wird, weil die Höhe des insgesamt an den Hauptbeteiligten ausgeschütteten Gewinns nicht entsprechend der Kapitalerhöhung ansteigt. Bei der atypischen Unterbeteiligung kann die Beteiligung auch deshalb geboten sein, weil durch die Vermehrung des Kapitals die stillen Reserven auf eine größere Zahl von Anteilen verteilt werden und damit der Wert der alten Anteile sinkt⁴.

II. Verlustbeteiligung

Auch bei der Verlustbeteiligung geht es nur um das Innenverhältnis der Gesellschafter der Unterbeteiligung; denn der Unterbeteiligte haftet der Hauptgesellschaft und den Gesell-

1) Für die stille Gesellschaft insoweit zutreffend BGH WM 1966, S. 188, 191.

2) Vgl. o. S. 36 f.

3) Herzfeld AcP 137, S. 320 f.; Janberg DB 1953, S. 79.

4) Vgl. auch für den Nießbrauch Wiedemann S. 407 f.

schaftsgläubigern grundsätzlich nicht. Nur indem sich der Verlust auf den Kapitalanteil oder die sonstigen Konten des Hauptbeteiligten auswirkt, ist intern auch der Unterbeteiligte daran beteiligt.

Die Gesellschafter können für die Verlustbeteiligung den gleichen Maßstab wählen wie für die Gewinnbeteiligung oder auch einen anderen, etwa weil dem Hauptbeteiligten eine Vorzugsgewinnquote eingeräumt wurde. Sie können auch die Teilnahme des Unterbeteiligten am Verlust völlig ausschließen¹ oder umgekehrt vereinbaren, daß er den Verlust überwiegend zu tragen hat, etwa weil er den Hauptgesellschaftsanteil allein verwaltet. Als Verlustausschluß ist jedoch im Zweifel nicht eine Regelung zu verstehen, der Unterbeteiligte solle bei Auflösung der Unterbeteiligung seine "Einlage", d.h. das Entgelt für seine Beteiligung, in voller Höhe zurückhalten; sie bedeutet regelmäßig nur, daß er während des Bestehens der Unterbeteiligung am Verlust beteiligt sein und nur bei Beendigung der Gesellschaft den gezahlten Betrag in voller Höhe zurückerhalten soll, auch wenn sein interner Anteil am Hauptgesellschaftsanteil unter diesen Betrag gesunken ist².

Enthält der Unterbeteiligungsvertrag keine Regelung der Verlustbeteiligung des Unterbeteiligten, sondern ist nur die Gewinnbeteiligung geregelt, so gilt diese nach der Auslegungsregelung des § 722 II BGB im Zweifel auch für die Verlustbeteiligung. Läßt sich aber feststellen, daß die Bestimmung nur für den Gewinnanteil gelten soll, so gilt analog § 336 I HGB ein angemessener Anteil am Verlust als vereinbart³.

1) Vgl. für die stille Gesellschaft § 336 II HGB.

2) Vgl. zur entsprechenden Regelung bei der stillen Gesellschaft Schlegelberger-Geßler § 336 Anm. 6; Schilling in Großkomm. HGB § 336 Anm. 4; Koenigs S. 176 f.; Paulick S. 81 f.; für die Unterbeteiligung unklar Böttcher-Zartmann S. 82.

3) Bopp S. 16; Pöllinger S. 48; a.A. Greifeld S. 76; vgl. oben S. 112.

Wenn der Unterbeteiligte nach dem Unterbeteiligungsvertrag einen bestimmten Anteil am Verlust zu tragen hat, so ist diese Verlustbeteiligung regelmäßig nicht unbeschränkt. Auf die Unterbeteiligung ist hier die Vorschrift des § 337 II 1 HGB entsprechend anzuwenden, nach der der stille Gesellschafter am Verlust nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage teilnimmt¹. Dieser Vorschrift liegt, ebenso wie der des § 167 III HGB für die KG, der auch auf die Unterbeteiligung zutreffende Gedanke zugrunde, daß derjenige das Risiko nur begrenzt mittragen soll, der es nicht beherrschen kann. Der Unterbeteiligte nimmt also nur bis zur Höhe seiner Beteiligung am Verlust teil und muß sich im übrigen nur die Verrechnung künftiger Gewinnanteile mit dem höheren Gewinn gefallen lassen².

Fraglich kann sein, inwieweit sich der Unterbeteiligte an Zahlungen des Hauptbeteiligten an die Hauptgesellschaft oder an Dritte beteiligen muß.

Soweit der Hauptbeteiligte noch seine Einlage an die Hauptgesellschaft zu leisten hat, ist der Unterbeteiligte im Zweifel zur Zahlung eines seiner Beteiligungsquote entsprechenden Anteils verpflichtet, falls er die Gegenleistung für die Einräumung der Unterbeteiligung noch nicht erbracht hat. Der Hauptbeteiligte braucht hier für den Unterbeteiligten im Zweifel nicht die Vorlage zu treten³. Da der Unterbeteiligte sich am Hauptgesellschaftsanteil so beteiligt, wie er sich aus dem Hauptgesellschaftsvertrag ergibt, hängt auch die Fälligkeit seiner Einlageverpflichtung im Zweifel von der des Haupt-

-
- 1) Böttcher-Zartmann, S. 82; Otto BB 1948, S. 213; Pöllinger S. 52; Westermann, Handbuch, Bem. 965; a.A. Herzfeld AcP 137, S. 304; Greifeld S. 59.
 - 2) So die h.M. für die stille Gesellschaft, vgl. Baumbach-Duden § 337 Anm. 2 D; Schlegelberger-Geßler § 337 Anm. 16 f; Schilling in Großkomm. HGB § 337 Anm. 23, 29.
 - 3) Lehmann-Ring § 109 Anm. 6; Staudinger-Geiler Anh. zu §§ 705ff. Anm. 78.

beteiligten ab. Es handelt sich insoweit wieder um eine Ergänzung des Unterbeteiligungsvertrages durch Bezugnahme¹. Eine andere Beurteilung wird aber angebracht sein, wenn der Hauptbeteiligte unvorhergesehenerweise von einem Gesellschaftsgläubiger in Höhe seiner rückständigen Einlage in Anspruch genommen wird, etwa der Kommanditist gem. § 171 HGB. Hier wird eine sofortige Beteiligung des Unterbeteiligten an diesen Zahlungen abweichend von der üblichen Fälligkeit der Einlage nur verlangt werden können, wenn dafür Anhaltspunkte im Unterbeteiligungsvertrag gegeben sind².

An Zahlungen, die über die Einlageverpflichtung des Hauptbeteiligten hinausgehen, ist der Unterbeteiligte regelmäßig nicht beteiligt³, etwa wenn der Gesellschafter einer OHG aufgrund seiner persönlichen Haftung nach § 128 HGB in Anspruch genommen wird, ebenso der Kommanditist nach § 172 I HGB, wenn die Haftsumme die Einlagesumme übersteigt, oder wenn der GmbH-Gesellschafter nach § 24 GmbHG haftet, weil die Einlage eines anderen Gesellschafters nicht eingebracht werden kann. Denn der Unterbeteiligte ist regelmäßig am Verlust entsprechend § 337 II 1 HGB nur bis zum Betrage seiner Einlage beteiligt, da er überwiegend kapitalmäßig beteiligt ist und deshalb im Zweifel ein seine Einlage übersteigendes Risiko nicht übernehmen will, zumal er dieses Risiko mangels Mitwirkung nicht beherrschen kann⁴.

Der Unterbeteiligungsvertrag kann natürlich vorsehen, daß der Unterbeteiligte auch über seinen Kapitalanteil hinausgehende Verluste mitzutragen hat und daher verpflichtet ist,

1) Vgl. oben S. 37 ff.

2) Westermann, Handbuch Bem. I 965.

3) Westermann, Handbuch Bem. I 965; a.A. Herzfeld AcP 137, S. 304, 322, der hier aber von der atypischen Unterbeteiligung ausgeht.

4) S. oben S. 128.

solche Verluste sofort oder bei Beendigung der Gesellschaft auszugleichen, falls das dann noch nicht durch die Gewinne späterer Jahre geschehen ist¹. In solchen Fällen ist dann aber auch die Einräumung von internen Mitwirkungsbefugnissen des Unterbeteiligten gegenüber dem Hauptbeteiligten angemessen. Westermann² weist hier darauf hin, daß die Vereinbarung einer unbeschränkten Haftung des Unterbeteiligten ohne die gleichzeitige Einräumung von Mitspracherechten sittenwidrig sein kann.

Zu einer solchen Verlusttragung ist der Unterbeteiligte aber nur gegenüber dem Hauptbeteiligten, nicht gegenüber der Hauptgesellschaft verpflichtet, auch wenn es sich um eine offengelegte Unterbeteiligung handelt. Deshalb können auch nur Gläubiger des Hauptbeteiligten, nicht auch solche der Hauptgesellschaft, diesen Anspruch auf Verlustdeckung gegen den Unterbeteiligten pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen³.

D. Informationsrecht des Unterbeteiligten

Hinsichtlich des Informationsrechts des Unterbeteiligten sind zwei Fragen zu unterscheiden, nämlich in welchem Umfang es dem Unterbeteiligten "an sich" zusteht und inwieweit es dann durch die Verschwiegenheitspflicht des Hauptbeteiligten gegenüber der Hauptgesellschaft begrenzt wird.

1) Westermann, Handbuch, Bem. I 965; Böttcher-Zartmann S. 82; vgl. entsprechend für die stille Gesellschaft Schlegelberger-Geßler § 337 Anm. 16; Flechtheim § 337 Anm. 16; Koenigs S. 176;

2) Westermann a.a.O.

3) Böttcher-Zartmann S. 82.

I. Entsprechende Anwendbarkeit des § 338 HGB

Da die Geschäftsführung in der Hauptgesellschaft allein dem Hauptbeteiligten zusteht, ist für den Unterbeteiligten das Kontroll- und Informationsrecht von besonderer Bedeutung. Man könnte deshalb annehmen, dem Unterbeteiligten stehe das Informationsrecht des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen BGB-Gesellschafters gem. § 716 BGB zu, wonach der Gesellschafter zu jederzeitiger Information über alle Gesellschaftsangelegenheiten berechnete ist¹. Diese Vorschrift ist jedoch auf zumindest intern gleichberechtigte Gesellschafter zugeschnitten und paßt deshalb nicht für den überwiegend kapitalmäßig beteiligten Unterbeteiligten. Das zeigt auch eine Gegenüberstellung der §§ 716 BGB, 118 HGB mit den §§ 166, 338 HGB. Der offene Handelsgesellschafter hat, da er wegen seiner persönlichen Haftung ein erhöhtes Risiko trägt, das umfassende Kontrollrecht des § 118 HGB auch dann, wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist. Dagegen hat der nur beschränkt haftende, nicht zur Mitwirkung berufene Kommanditist nur das jährliche Bilanzprüfungsrecht des § 166 HGB. Darauf wird auch der nur mit seiner Einlage haftende Gesellschafter in § 338 HGB verwiesen. In solchen Fällen steht dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft kein überwiegendes Interesse des nur beschränkt haftenden, von der Mitwirkung ausgeschlossenen Gesellschafters gegenüber. Zudem unterliegen der Kommanditist wie der stille Gesellschafter auch keinem gesetzlichen Wettbewerbsverbot².

Auch für den Unterbeteiligten, der nur das Risiko des Verlustes seiner Einlage trägt, von der Mitwirkung weitgehend ausgeschlossen ist und keinem gesetzlichen Wettbewerbsverbot unterliegt, ist daher eine Einschränkung des Informationsrechts und wegen der strukturellen Parallelen der

1) So Staudinger-Geiler Anh. zu §§ 705 ff. Anm. 77; Pöllinger S. 43; wohl auch Herzfeld AcP 137, S. 296, 305.
2) Schlegelberger-Geßler § 166 Anm. 1 und § 338 Anm. 2; Schilling, Großkomm. HGB § 166 Anm. 1 und § 338 Anm. 1.

Unterbeteiligung zur stillen Gesellschaft¹ eine entsprechende Anwendung des § 338 HGB geboten².

In entsprechender Anwendung des § 338 HGB ist der Unterbeteiligte dann als berechtigt anzusehen, jährlich Stand und Ergebnis der Hauptbeteiligung zu erfahren. Der Hauptbeteiligte hat dazu auf Verlangen des Unterbeteiligten eine Sonderbilanz über seinen Gesellschaftsanteil aufzustellen. Daraus müssen insbesondere die auf diesen Anteil entfallenden Erträge und dessen Zusammensetzung, etwa aus Kapitalzinsen, Restgewinnanteil und Tätigkeitsvergütung, sowie die Entwicklung des Kapitalkontos und seines Anteils zu entnehmen sein. Der Hauptbeteiligte wird hierzu auch seine Kapital- und Privatkonten vorlegen müssen³.

Umstritten ist, ob der Unterbeteiligte über die bloße Information hinsichtlich des Hauptgesellschaftsanteils hinaus auch eine Information über die Angelegenheit^{en} der Hauptgesellschaft, etwa die Vorlage einer Abschrift der Jahresbilanz und der Erfolgsrechnung der Hauptgesellschaft verlangen kann⁴.

Nach Westermann⁵ kommt es, soweit es sich um Vorgänge der Hauptgesellschaft handelt, nicht auf die Frage an, ob § 716 BGB oder § 338 HGB anwendbar ist, weil der Hauptbeteiligte hier der Hauptgesellschaft zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Dem ist zuzustimmen, wenn die Verschwiegenheitspflicht wirklich umfassend ist. Wenn aber der Hauptbeteiligte von der

1) Vgl. oben S. 28 ff.

2) BGHZ 50, S. 316, 323 f.; Esch NJW 1964, S. 905; Bopp, S. 18; Otto BB 1948, S. 214; Schneider, Möhring-Festschrift S. 120.

3) BGHZ 50, S. 316, 323; Esch a.a.O.; Schneider a.a.O.

4) Vgl. z.B. Wurm-Wagner-Zartmann Muster 98 d (§ 3)

5) Westermann, Handbuch, Bem. I 965.

Verschwiegenheitspflicht befreit ist¹, muß über die Ausgangsnormierung entschieden werden. Hier ist für die Unterbeteiligung die Vorschrift des § 338 HGB anwendbar, soweit es um die Frage geht, in welchem Umfang der Unterbeteiligte gegenüber dem Hauptbeteiligten "an sich" zur Information berechtigt ist. Gleichzeitig ist allerdings festzustellen, inwieweit dieses Recht durch die Verschwiegenheitspflicht des Hauptbeteiligten gegenüber der Hauptgesellschaft eingeschränkt oder ausgeschlossen wird.

Nach Ansicht von Esch² sind Angelegenheiten der Hauptgesellschaft vom Informationsrecht des Unterbeteiligten nach § 338 HGB nicht mehr gedeckt. Der Unterbeteiligte könne Informationsrechte nur bezüglich derjenigen Gesellschaft geltend machen, der er angehöre. Er gehöre aber der Hauptgesellschaft nicht an und könne deshalb auch nicht beanspruchen, über die Verhältnisse der Unterbeteiligung hinaus über Angelegenheiten der Hauptgesellschaft unterrichtet zu werden. Der Jahresabschluß der Hauptgesellschaft würde deshalb den Unterbeteiligten über Umstände informieren, die ihn nicht angingen.

Eine solche Trennung ist m.E. nicht möglich. Der Hauptgesellschaftsanteil ist untrennbarer Bestandteil der Hauptgesellschaft. Der Hauptbeteiligte ist stets am Ganzen beteiligt. Die Geschäfte der Hauptgesellschaft sind deshalb auch stets solche des Anteils. Ein wirkliches Bild über Ertragswert und Zukunftschancen des Hauptgesellschaftsanteils kann sich nur machen, wer die Bilanz der Hauptgesellschaft kennt. Die Informationsrechte des Unterbeteiligten umfassen deshalb im

1) Vgl. dazu unten S. 134 ff.

2) Esch NJW 1964, S. 905.

im Grundsatz auch die Vorlage der Jahresbilanz der Hauptgesellschaft¹, sofern nicht die Verschwiegenheitspflicht des Hauptbeteiligten gegenüber der Hauptgesellschaft entgegensteht.

Darüber hinaus hat der Unterbeteiligte jedoch mangels anderweitiger Abreden keinen Anspruch auf Rechnungslegung. Insbesondere hat er im Zweifel kein jederzeitiges Informationsrecht über laufende oder wichtige Geschäfte². Das ergibt sich aus der Einschränkung des Informationsrechts durch § 338 HGB. Der Unterbeteiligte würde sonst im übrigen auch besser stehen, als wenn er an der gesamten Handelsgesellschaft als stiller Gesellschafter beteiligt wäre³.

Der Unterbeteiligungsvertrag kann freilich ein weitergehendes Informationsrecht des Unterbeteiligten vorsehen. Dieses Recht wird aber stets durch die Verschwiegenheitspflicht des Hauptbeteiligten begrenzt.

II. Begrenzung des Informationsrechts

Wie bereits mehrfach erwähnt wurde, wird die Pflicht des Hauptbeteiligten, dem Unterbeteiligten Informationen zu erteilen, durch seine Treuepflicht zur Hauptgesellschaft und die darin wurzelnde Verschwiegenheitspflicht begrenzt. Das

-
- 1) Böttcher-Zartmann S. 84; Herzfeld AcP 137, S. 306 f.; Janberg DB 1953, S. 79; Staudinger-Geiler Anh. zu §§ 705 Anm. 77; diese Autoren übersehen aber eine eventuelle Einschränkung; Westermann, Handbuch, Bem. I 967.
 - 2) A.A. Herzfeld a.a.O.; Staudinger-Geiler a.a.O.; Janberg a.a.O.
 - 3) Nach OLG Frankfurt, LZ 1929, Sp. 793, ihm folgend Böttcher-Zartmann a.a.O., Soergel-Schultze-v. Lasaulx Vorbem. 64 vor § 705, soll sich eine Einschränkung des Informationsrechts schon daraus ergeben, daß der Unterbeteiligte nicht an der Mitgliedschaft, sondern nur an den Gewinnanteilsrechten beteiligt ist. Dies ist vom Ausgangspunkt her unzutreffend, vgl. oben S. 13.

kann der Klarstellung halber ausdrücklich vereinbart sein. Andernfalls ergibt es sich aber auch aus der oben geschilderten Begrenzungsfunktion des Hauptgesellschaftsvertrags¹; dieser ist dem Unterbeteiligungsvertrag vorgeordnet mit der Folge, daß der Unterbeteiligte die Beschränkungen des Hauptgesellschaftsanteils durch den Hauptgesellschaftsvertrag hinnehmen muß.

Die Verschwiegenheitspflicht der Hauptgesellschafter ergibt sich aus der allgemeinen Pflicht, den Gesellschaftszweck zu fördern. Eine Weitergabe der internen Angelegenheiten könnte der Hauptgesellschaft schaden. Es kann dem Wettbewerb schaden, wenn über einen Dritten, der der Hauptgesellschaft nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, ein Konkurrent Geschäftsgeheimnisse wie Umsatzziffern, Entwicklungskosten oder eventuelle aufschlußreiche Rückstellungen erführe. Auch könnte die Preisgabe der Liquidationsverhältnisse, der Rücklagen und der Kapitaldecke dem Ansehen und Kredit der Gesellschaft schaden².

Die Verschwiegenheitspflicht ist demnach nicht Selbstzweck, sondern Mittel zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen. Die Gesellschaft soll nicht dadurch Schaden erleiden, daß Unbefugte ihre Geschäftsgeheimnisse erfahren³. Wenn deshalb die Information des Unterbeteiligten ersichtlich keine Nachteile für die Hauptgesellschaft auslöst, können die Hauptgesellschafter verpflichtet sein, zumindest die begrenzte Weitergabe von Informationen zu gestatten, vor allem wenn der Unterbeteiligte, etwa wegen unbegrenzter Verlustbeteiligung, ein gesteigertes Informationsbedürfnis hat⁴.

1) Vgl. oben S. 44 ff.

2) Vgl. Esch NJW 1964, S. 905; ders. BB 1968, S. 1282.

3) Vgl. Kastner JBl 1965, S. 74.

4) Westermann, Handbuch, Bem. I 967; zu weitgehend aber Herzfeld AcP 137, S. 306.

Als vermittelnde Lösung, die einerseits das Geheimhaltungsinteresse der Hauptgesellschaft und andererseits das Interesse des Hauptbeteiligten an der Weitergabe der Information berücksichtigt, kann auch die Mitteilung der Jahresbilanz in groben Zügen angebracht sein. So entschied schon das ROHG¹, die Bekanntgabe der allgemeinen Resultate der Jahresbilanzen mit den Beiträgen der jeweiligen Aktiv- und Passivmasse und des daraus resultierenden Schlußsaldos stehe der Verschwiegenheitspflicht des Hauptbeteiligten nicht entgegen².

Soweit der Hauptgesellschaftsvertrag oder die Hauptgesellschafter dem Hauptbeteiligten die Weitergabe von Informationen an den Unterbeteiligten erlauben, entfällt die Begrenzung des Informationsrechts. Eine solche Gestattung kann in verschiedener Weise zum Ausdruck kommen. Ist etwa im Hauptgesellschaftsvertrag die Möglichkeit vorgesehen, daß der Gesellschafter bei der Abstimmung durch Dritte, z.B. Angehörige, vertreten werden kann, so muß diesen Personen auch eine Information über die bei einer Beschlußfassung wesentlichen Tatsachen gestattet sein³. Ist die Einräumung einer Unterbeteiligung von der Gestattung der Hauptgesellschafter abhängig und wird diese Zustimmung erteilt, so liegt es nahe, darin eine konkludente Genehmigung zu sehen, dem Unterbeteiligten gewisse Informationen zu erteilen⁴. Auch in der widerspruchs-

1) ROHG 23, S. 121, 122.

2) Vgl. auch Wiedemann S. 307 für die Zession des Gewinnanteils. Bei der offengelegten Unterbeteiligung wird es vielfach zweckmäßig sein, daß nicht der Hauptbeteiligte, sondern die Geschäftsführung der Hauptgesellschaft diese Zusammenfassung auf Kosten der Unterbeteiligung herstellt.

3) Vgl. Hueck, Nipperdey-Festschrift, S. 422.

4) Westermann, Handbuch, Bem. I 947.

losen Kenntnisnahme der Unterbeteiligung¹ oder der Nichtbe-
anstandung eines Stimmbindungsvertrages mit dem Unterbe-
teiligten² kann im Einzelfall eine teilweise Befreiung von
der Verschwiegenheitspflicht zu sehen sein. Die bloße
Kenntnis der Hauptgesellschaft von der Unterbeteiligung hat
natürlich nicht zur Folge, daß der Hauptbeteiligte von
seiner Schweigepflicht ganz oder teilweise befreit ist. Gibt
jedoch der Hauptbeteiligte die Unterbeteiligung ausdrücklich
bekannt, so kann dieser Mitteilungserklärung u.U. der Sinn
zugrunde liegen, er beabsichtige die Weitergabe der für die
Unterbeteiligung erforderlichen Informationen. Sind die
Hauptgesellschafter damit nicht einverstanden, so kann sich
aus der Treuepflicht eine Pflicht zum Einspruch ergeben.

Der Hauptbeteiligte muß sich, bevor er dem Unterbeteiligten
Informationen erteilt, Gewißheit verschaffen können, ob er
dazu gegenüber der Hauptgesellschaft berechtigt ist. Notfalls
muß das durch eine Feststellungsklage erklärt werden, die
wohl auch dem Unterbeteiligten gegenüber den Hauptgesell-
schaftern zusteht³, denn ein Feststellungsinteresse besteht
auch dann, wenn der Inhalt eines Rechtsverhältnisses zwischen
dem Beklagten (den Hauptgesellschaftern) und einem Dritten
(dem Hauptbeteiligten) für die vertraglichen Beziehungen
zwischen dem Kläger und dem Dritten von Bedeutung ist⁴. Ver-
weigert der Hauptbeteiligte die Information, so ist die Klage
auch gegen ihn zulässig. Dabei muß dann als Vorfrage geklärt
werden, ob und inwieweit der Hauptbeteiligte zur Aufklärung
berechtigt ist.

-
- 1) Westermann, Handbuch, Bem. I 947, 967; Hueck ZHR 83, S. 23;
zurückhaltend Janberg DB 1953, S. 79; auch BGHZ 50, S. 325,
der das Vorliegen weiterer Umstände fordert; a.A. Esch NJW
1964, S. 905; auch Böttcher-Zartmann, die aber Janberg miß-
verstehen: der Anspruch soll sich nicht gegen die Hauptge-
sellschaft, sondern den Hauptbeteiligten richten.
 - 2) Hueck, Nipperdey-Festschrift, S. 421.
 - 3) So Westermann, Handbuch, Bem. I 967.
 - 4) BGH NJW 1969, S. 136; Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 356
Anm. 3 B.

Auch die auf die Unterbeteiligung ebenso entsprechend anwendbare Regelung des § 338 III HGB, die gerichtliche Anordnung von Informationen aus wichtigem Grund, unterliegt dieser Einschränkung. Das Gericht hat als Vorfrage stets zu untersuchen, inwieweit der Hauptbeteiligte zur Weitergabe von Informationen berechtigt ist, und hat seine Anordnungen darauf einzustellen.

Sofern der Unterbeteiligte Informationen über die Hauptgesellschaft erhält, ist er seinerseits dem Hauptbeteiligten aufgrund seiner Treuepflicht zur Verschwiegenheit verpflichtet.

III. Bedeutung des begrenzten Informationsrechts im Besteuerungsverfahren

Im Zusammenhang mit dem Informationsrecht des Unterbeteiligten muß die verfahrensrechtliche Behandlung bei der Besteuerung erwähnt werden. Nach der Entscheidung des BFH vom 4.4.1968¹ sind alle steuerrechtlichen Fragen der Unterbeteiligung im einheitlichen Gewinnfeststellungsverfahren der Hauptgesellschaft, zu dem der Unterbeteiligte hinzugezogen wird, zu prüfen. Unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung² und abweichend von der einhelligen Lehre³ muß danach der Hauptbeteiligte auf die steuerrechtliche Berücksichtigung der Unterbeteiligung verzichten, wenn er sie nicht offenlegen will oder kann.

Der BFH prüft die Frage der einheitlichen Veranlagung lediglich unter dem Gesichtspunkt der Geheimhaltung der Unterbeteiligung. Ebenso wichtig ist aber, worauf Esch⁴ aufmerksam

1) BFH BStBl 1968 II S. 669 = BB 1968, S. 1026.

2) Vgl. z.B. BFH BStBl 1959 III, S. 249.

3) Vgl. Esch BB 1968, S. 1280 ff. m.w.N.

4) Esch a.a.O. S. 1282; ablehnend auch Lange, Joachim, BB 1969, S. 216 ff.; Littmann FR 1968, S. 524, 529; durch Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 10.6.1969 (BStBl 1969 I, S. 342) sollen die Grundsätze der BFH für Wirtschaftsjahre, die bis zum 31.12.1970 enden, noch nicht angewandt werden, vgl. oben S.63.

macht, auch für die Hauptgesellschaft und ihre Gesellschafter die Geheimhaltung der Besteuerungsmerkmale und der zugrundeliegenden Tatsachen einem Nichtgesellschafter gegenüber. Wenn im einheitlichen Gewinnfeststellungsverfahren unter Zuziehung des Unterbeteiligten über die Unterbeteiligung mitentschieden würde, so erhielte der Unterbeteiligte zwangsläufig Kenntnis der Steuerbilanzen sowie der übrigen Besteuerungsunterlagen.

Das Besteuerungsverfahren darf aber nicht dazu führen, daß der Unterbeteiligte hierdurch nach dem Hauptgesellschaftsvertrag unzulässige Informationen erhält. Denn sonst könnte der Hauptbeteiligte durch die bloße Offenlegung ohne Zustimmung der Gesellschafter eine Informationsmöglichkeit für den Unterbeteiligten erzwingen. In der gemeinschaftlichen Veranlagung läge dann schon ein Verstoß des Hauptbeteiligten gegen seine Treuepflicht zur Hauptgesellschaft. Sofern daher die Hauptgesellschaft eine derartige Information des Unterbeteiligten nicht erlaubt, muß der Hauptbeteiligte mit dem Unterbeteiligten eine Vereinbarung treffen, daß dieser zum einheitlichen Gewinnfeststellungsverfahren eben nur sehr bedingt herangezogen werden kann und sich im übrigen durch den Hauptbeteiligten vertreten lassen muß.

E. Auflösung der Unterbeteiligung

Bei der Auflösung der Unterbeteiligung ist zu unterscheiden zwischen der Auflösung aus Gründen, die sich aus dem Recht der Unterbeteiligung ergeben, und der Auflösung wegen Fortfalls des Hauptgesellschaftsanteils.

I. Kündigung der Unterbeteiligung

1. Ordentliche Kündigung durch einen Gesellschafter

Umstritten ist, ob für die Kündigung der Unterbeteiligung § 723 BGB oder § 339 I HGB anzuwenden ist, wenn der Unterbeteiligungsvertrag keine Regelung der Kündigungsfristen enthält.

Gemäß §§ 339 I, 132 HGB kann eine auf unbestimmte Zeit eingegangene stille Gesellschaft nur mit 6 Monaten Frist auf den Schluß des Geschäftsjahres gekündigt werden. Das jederzeitige Kündigungsrecht des § 723 I 1 BGB ist hier ausgeschlossen, da der Geschäftsinhaber über sein Betriebskapital langfristig verfügt und ihm eine kurzfristige unerwartete Rückzahlung daher oft erhebliche wirtschaftliche Nachteile verursachen würde¹. Ebenso ist aber auch der Gesellschaftsanteil des Gesellschafters einer OHG, KG oder auch GmbH langfristig im Gesellschaftsvermögen gebunden. Zudem kann der Hauptbeteiligte im Gegensatz zum Geschäftsinhaber der stillen Gesellschaft regelmäßig über sein Gesellschaftsvermögen, nämlich die Einlage, nicht frei verfügen und kann daher kaum, zumindest nicht kurzfristig, die erforderlichen Mittel entnehmen. Ferner wäre bei Kündigung während des Geschäftsjahres auch die Aufstellung einer besonderen Zwischenbilanz erforderlich. Für die ordentliche Kündigung einer Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen ist daher wegen der strukturellen Übereinstimmungen mit der stillen Gesellschaft² § 339 I HGB entsprechend anzuwenden³.

Die Gesellschafter der Unterbeteiligung können abweichende Vereinbarungen treffen. Sie können etwa die Kündigungsfristen noch weiter verlängern oder die Regelung der Kündigung an die der Hauptgesellschaft anpassen. Eine solche Anpassung kann gegebenenfalls auch im Wege der Ergänzung des Unterbeteiligungsvertrages durch Bezugnahme auf den Haupt-

1) Vgl. statt aller Koenigs S. 262 f.

2) Vgl. auch S. 30 ff.

3) Esch NJW 1964, S. 903, 905; Greifeld S. 64; Otto BB 1948, S. 213; Schneider, Möhring-Festschrift, S. 122; Böttcher-Zartmann S. 86; Westermann, Handbuch, Bem. I 969; a.A. Bopp S. 19; Hesselmann GmbHRdsch 1964, S. 28; Pöllinger S. 68; wohl auch Herzfeld AcP 137, S. 317; Staudinger-Geiler Anh. zu §§ 705 ff. Anm. 79; die abweichende Ansicht ist wohl teilweise daraus zu erklären, daß nicht nach der Art der Hauptgesellschaft unterschieden wird.

gesellschaftsvertrag¹ geboten sein. So kann etwa, wenn sich zwei Gesellschafter bei der Gründung der Hauptgesellschaft zwecks Erwerbs eines Gesellschaftsanteils zusammengeschlossen haben, ein langfristiger Kündigungsausschuß des Hauptbeteiligten auch für den Unterbeteiligten zu übernehmen sein². Je mehr schließlich die Stellung des Unterbeteiligten der eines Treugebers angenähert ist, um so eher wird er auf die Kündigungsfristen des Hauptbeteiligten in der Hauptgesellschaft Rücksicht nehmen müssen, um diesem Gelegenheit zum Ausscheiden aus der Hauptgesellschaft zu geben.

Die ordentliche Kündigung einer Unterbeteiligung kann allerdings nicht für die Lebenszeit eines Gesellschafters ausgeschlossen werden. Das kann angesichts der zwingenden Regelung der §§ 724, 723 BGB für die BGB-Gesellschaft sowie der §§ 339 I, 134, 132 HGB für die stille Gesellschaft entsprechend auch für die Unterbeteiligung nicht zweifelhaft sein³.

Ebensowenig kann die ordentliche Kündigung einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Unterbeteiligung ganz ausgeschlossen werden. Das ergibt sich für die BGB-Gesellschaft aus § 723 III BGB. Diese Vorschrift sollte auch für die stille Gesellschaft in § 339 I S. 2 HGB nicht ausgeschlossen werden⁴. Der Grundge-

1) S. o. S. 37 ff.

2) Vgl. Westermann, Handbuch, Bem. I 950.

3) Vgl. BGHZ 50, S. 316, 320 f.; der BGH läßt offen, ob §§ 724, 723 BGB oder §§ 339, 132 HGB anzuwenden sind. Diese Frage hätte m.E. auch wegen der unterschiedlichen Fristen erörtert werden sollen, konnte aber im unterschiedenen Fall im Ergebnis ebenfalls dahingestellt bleiben, da die Frist des §§ 339, 132 HGB gewahrt war.

4) BGHZ 23, S. 10; Baumbach-Duden § 339 Anm. 3; Schlegelberger-Geßler § 339 Anm. 16; Koenigs S. 264; Paulick S. 204; a.A. RGZ 156, S. 135; RG JW 1926, S. 1959.

danke, die Gefahr einer gesellschaftlichen Bindung auf unbestimmte Zeit, gilt für die stille Gesellschaft und entsprechend für die Unterbeteiligung in gleicher Weise. Zudem wäre eine Regelung wenig sinnvoll, die der Bindung eines Gesellschafters auf Lebenszeit die Anerkennung verweigert, den völligen Ausschluß der ordentlichen Kündigung aber zuläßt.

Fraglich kann aber sein, ob die Dauer der Unterbeteiligung an die Dauer der Hauptgesellschaft geknüpft und die ordentliche Kündigung bis dahin ausgeschlossen werden kann.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, eine solche Bestimmung stehe dem Vertragsschluß auf bestimmte Zeit gleich. Die Vertragsdauer sei dann zwar nicht bestimmt, aber rechtlich bestimmbar¹.

Ob eine solche Vereinbarung dem Vertragsschluß auf eine bestimmte Zeit gleichgestellt werden kann, ist wieder aus dem Sinn der Vorschrift des § 723 III BGB zu entnehmen. Sie soll, wie der BGH² ausführt, solchen Vereinbarungen über die Beschränkung des ordentlichen Kündigungsrechts die Wirksamkeit versagen, bei denen die Bindung der Gesellschaft^{er} an die Gesellschaft zeitlich nicht überschaubar und ihre wirtschaftliche Betätigungsfreiheit infolgedessen unvertretbar eingeengt sein würde. Ist die Unterbeteiligung an die Dauer der Hauptgesellschaft geknüpft, so ergibt sich die Überschaubarkeit der Dauer der Unterbeteiligung aus der Überschaubarkeit der Dauer der Hauptbeteiligung. Die ordentliche Kündigung kann deshalb für eine Unterbeteiligung, die für die Dauer der Hauptgesellschaft geschlossen ist, nur dann ausgeschlossen werden, wenn sie auch für die Gesellschafter der Hauptgesellschaft ausgeschlossen werden kann. Das ist dann der Fall, wenn diese auf eine bestimmte Zeit geschlossen oder die Beendigung

-
- 1) Otto BB 1948, S. 213 m.w.N. in FuBn. 35; wohl auch Staudinger-Geiler Anh. zu §§ 705 ff.S.79; unklar Böttcher-Zartmann S. 86; Herzfeld AcP 137, S. 317.
 - 2) BGHZ 50, S. 316, 322; vgl. auch die Nachweise oben auf S.141 in FuBn. 4.

von der Erreichung eines in absehbarer Zeit erreichbaren Zwecks abhängig ist¹. Ist jedoch die Dauer der Hauptgesellschaft von vornherein in keiner Weise begrenzt, so widerspricht es dem Zweck des § 723 III, I S. 1 BGB, wenn die ordentliche Kündigung einer auf die Dauer der Hauptgesellschaft abgeschlossenen Unterbeteiligung entsprechend § 723 I S. 2 BGB ausgeschlossen würde².

2. Außerordentliche Kündigung durch einen Gesellschafter
Beide Gesellschafter können die Gesellschaft jederzeit fristlos aus wichtigem Grunde kündigen, §§ 339 I HGB, 723 I S. 2 BGB.

Das Gesetz hat auf eine Aufzählung der wichtigen Gründe verzichtet und diese Frage mit Recht der Beurteilung des Einzelfalls überlassen. Als Beispiele sind die vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung wesentlicher gesellschaftlicher Pflichten oder das Unmöglichwerden ihrer Erfüllung genannt. Maßgeblich ist, ob dem kündigenden Gesellschafter bei Berücksichtigung aller Umstände die Fortsetzung der Gesellschaft zuzumuten ist oder nicht. Soweit die Unterbeteiligung überwiegend eine kapitalmäßige Beteiligung ist, wird die Möglichkeit persönlicher Spannungen geringer sein als bei Gesellschaften, in denen die Gesellschafter gleichberechtigt zusammenwirken. Der Unterbeteiligte bringt aber dem Hauptbeteiligten ein erhöhtes Maß an Vertrauen entgegen³, da er nur in sehr beschränktem Maße die Geschäftsführung des Hauptbeteiligten überwachen kann und sich deshalb auf die Gesellschaftstreue des Hauptbeteiligten verlassen muß. Es werden daher solche Umstände einen Grund

1) BGHZ 50, S. 316, 322; das kann z.B. bei der Unterkonsortialbeteiligung der Fall sein.

2) BGHZ 50, S. 316, 322; vgl. auch Westermann, Handbuch, Bem. I 969.

3) Vgl. Pöllinger S. 69; ebenso Greifeld S. 67.

zur Kündigung aus wichtigem Grund abgeben, die diese Vertrauensbasis erschüttern, z.B. die Zustimmung zur Bildung übermäßiger Rücklagen oder die unberechtigte Verweigerung der Rechnungslegung. Weitere Kündigungsgründe für den Unterbeteiligten können vorliegen, wenn erhebliche wirtschaftliche oder rechtliche Veränderungen der Hauptgesellschaft und damit des Hauptgesellschaftsanteils eintreten und dem Unterbeteiligten deshalb die Fortsetzung der Unterbeteiligung nicht zugemutet werden kann, etwa bei der Umwandlung der Rechtsform der Hauptgesellschaft oder ihrer Fusion mit einer anderen Gesellschaft¹.

Die Gesellschafter können auch besondere Kündigungsgründe vereinbaren. Hierdurch kann das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund aber nicht beschränkt werden, § 723 III BGB.

3. Kündigung durch einen Gläubiger des Unterbeteiligten

Wendet man § 339 I HGB konsequent auf die Unterbeteiligung an einem Handelsgesellschaftsanteil an, so hat ein Gläubiger des Unterbeteiligten nur unter den gegenüber § 735 BGB erschweren Voraussetzungen des § 135 HGB das Recht, die Unterbeteiligung zu kündigen². Das müßte dann aber aus dem Sinn dieser Vorschrift geboten sein. Sinn der Erschwerung ist es, das handeltsgewerblich eingesetzte Vermögen vor einem sofortigen Zugriff des Gläubigers zu schützen und der Handelsgesellschaft die Möglichkeit zu geben, sich auf diese Zahlungen einzustellen.

Die Anwendbarkeit der §§ 339 I, 135 HGB würde aber bei der Unterbeteiligung an einem OHG- oder KG-Anteil eine Erschwerung der Vollstreckbarkeit bedeuten, die weit über die bei der stillen Gesellschaft hinausgeht, da das Gesellschaftsvermögen der Unterbeteiligung seinerseits in der Hauptgesellschaft gebunden ist. Ein Gläubiger des Unterbeteiligten müßte dann folgende Maßnahmen ergreifen, um den internen

1) Vgl. dazu unten S. 151 ff.

2) So ausdrücklich Schneider, Möhring-Festschrift, S. 124, während die oben auf S. 137 in Fußn. 3 genannten Autoren allgemein § 339 I HGB für anwendbar erklären.

Anteil des Unterbeteiligten am Hauptgesellschaftsanteil zu erreichen: Zunächst müßte er versuchen, sich aus dem beweglichen Vermögen des Unterbeteiligten zu befriedigen, falls nicht bereits innerhalb der letzten sechs Monate eine solche Zwangsvollstreckung ohne Erfolg verursacht worden ist; sodann könnte er den Auseinandersetzungsanspruch des Unterbeteiligten pfänden und die Unterbeteiligung sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahres für diesen Zeitpunkt kündigen, §§ 339 I, 135 HGB. Zahlt nur der Hauptbeteiligte nicht freiwillig, so müßte der Gläubiger gem. § 135 HGB die gleiche Prozedur beim Hauptgesellschaftsanteil wiederholen und erlangte erst dann den Auseinsetzungserlös von der Hauptgesellschaft.

Es ist ersichtlich, daß ein solches Verfahren dem Sinn der §§ 339 I, 135 HGB nicht entspricht. Denn Zweck des § 135 HGB ist es, das handeltsgewerblich eingesetzte Vermögen, das oft langfristig verplant ist, vor einem überraschenden Zugriff des Gläubigers zu schützen. Diesem Schutz des Gesellschaftsvermögens der Unterbeteiligung, das in der Beteiligung an der Hauptgesellschaft besteht, ist auch dann ausreichend Rechnung getragen, wenn der Gläubiger die Unterbeteiligung gem. § 725 BGB fristlos kündigen und dann den Auseinandersetzungsanspruch vom Hauptbeteiligten verlangen kann. Bei Pfändung des Auseinandersetzungsanspruchs des Hauptbeteiligten gegen die Hauptgesellschaft ist er dann immer noch an die Voraussetzungen des § 135 HGB gebunden. Auch auf die Unterbeteiligung an einem GmbH-Anteil ist die Anwendung der §§ 339 I, 135 HGB nicht angebracht. Denn der GmbH-Anteil selbst kann gem. § 857 ZPO gepfändet werden¹. Das Gesetz hat

1) Das gilt auch für vinkulierte Anteile, vgl. RGZ 70, S. 64, 66; Hachenburg-Schilling, Anh. zu § 15 Anm. 11; Scholz § 15 Anm. 81; Schuler NJW 1960, S. 1425.

hierdurch zu erkennen gegeben, daß für den GmbH-Anteil keine besonderen Pfändungsschutzvorschriften erforderlich sind, da durch eine Pfändung der GmbH selbst kein Kapital entzogen wird. Der Unterbeteiligung an einem GmbH-Anteil kann daher nicht der Schutz des § 135 HGB zukommen, wenngleich das für den Hauptbeteiligten u U. eine gewisse Härte bedeuten kann. Sie kann also ebenfalls durch einen Gläubiger des Unterbeteiligten gemäß § 725 BGB fristlos gekündigt werden.

Im übrigen wäre bei einer entsprechenden Anwendung der §§ 339 I, 135 HGB auch zu bedenken, daß es sich um Vollstreckungsrecht handelt, das zum Schutze der Gläubiger und im Interesse der Rechtssicherheit von den mit einer entsprechenden Anwendung entstehenden Zweifelsfragen möglichst freigehalten werden muß². Die Verweisung des § 339 I HGB auf § 135 HGB gilt also nicht für die Unterbeteiligung an einem Handelsgesellschaftsanteil³.

II. Tod der Gesellschafter

1. Tod des Hauptbeteiligten

Führt der Tod des Hauptbeteiligten zur Auflösung der Hauptgesellschaft oder zum Wegfall der Beteiligung, so wird dadurch notwendig auch die Unterbeteiligung aufgelöst, da der vereinbarte Zweck nicht mehr erreicht werden kann, § 726 BGB. Besteht die Hauptgesellschaft fort, so kann im Unterbeteiligungsvertrag vereinbart sein, daß der Unterbeteiligte den Hauptgesellschaftsanteil übernehmen soll⁴, also Nachfolger des Hauptbeteiligten werden soll⁵. Das muß dann natürlich

1) Zum Sicherungseffekt, wenn der Auseinandersetzungsanspruch den Gesellschaftern der Unterbeteiligung gesamthänderisch zusteht, vgl. Weiß S. 117.

2) Koenigs S. 343.

3) Im Ergebnis ebenso Greifeld S. 68; a.A. Schneider, Möhring-Festschrift, S. 124.

4) Vgl. hierzu Böttcher-Zartmann S. 87.

5) Vgl. oben S. 65.

auch im Hauptgesellschaftsvertrag vorgesehen oder nach dem Recht der Hauptgesellschaft zulässig sein.

Besteht die Hauptgesellschaft fort und rückt ein Erbe in die Stellung des Hauptbeteiligten nach, so gilt der Grundsatz des § 727 BGB. Nach dieser Vorschrift, die für die stille Gesellschaft ebenso gilt wie für die BGB-Gesellschaft, wird die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, sofern sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrag ein anderes ergibt¹. Teilweise wird allerdings angenommen, der Tod des Hauptbeteiligten löse die Unterbeteiligung nur auf, wenn seine Person für die Unterbeteiligung gerade die entscheidende Grundlage gewesen sei; im Zweifel sei daher die Unterbeteiligung mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortzusetzen². Die Person des Hauptbeteiligten wird aber regelmäßig für die Unterbeteiligung von wesentlicher Bedeutung sein; denn der Unterbeteiligte muß Vertrauen zum Hauptbeteiligten haben, da er nur sehr beschränkte Kontrollmöglichkeiten hat³ und sich deshalb bezüglich der Geschäftsführung und Rechnungslegung auf die Gesellschaftstreue des Hauptbeteiligten verlassen muß. Ist diese Vertrauensgrundlage entzogen, so wird die Unterbeteiligung aufgelöst. Beim Tod des Hauptbeteiligten ist deshalb im Zweifel von der Regel des § 727 I BGB auszugehen.

Allerdings ist zu berücksichtigen, daß das Maß des entgegengebrachten Vertrauens um so geringer zu sein braucht, je kapitalistischer der Hauptgesellschaftsanteil ausgestaltet ist⁴. Denn hier hat der Hauptbeteiligte selbst keinen Einfluß auf die Geschäftsführung und ist weitgehend auf die Entgegennahme des Gewinns beschränkt. Die überwiegend kapitalmäßige

1) Vgl. z.B. Herzfeld AcP 137, S. 317; Otto BB 1948, S. 213; Pöllinger S. 59.

2) Janberg DB 1953, S. 79/80; Böttcher-Zartmann S. 86.

3) Vgl. oben S. 133 ff.

4) Ein extremes Beispiel ist hier die Unterkonsortialbeteiligung, vgl. hierzu Düringer-Hachenburg-Geiler II 1 Einl. Anm. 184; Herzfeld a.a.O. S. 317.

Beteiligung des Hauptbeteiligten kann deshalb ein Anhaltspunkt dafür sein, daß eine Fortsetzung der Unterbeteiligung beim Tod des Hauptbeteiligten gewollt ist¹. Über den Fortbestand der Unterbeteiligung kann also mangels ausdrücklicher Regelung nur entschieden werden, wenn in die Auslegung die Regelung des Hauptgesellschaftsvertrags einbezogen wird.² Hinweise auf eine kapitalmäßige Beteiligung werden besonders die freie Übertragbarkeit des Anteils oder eine Nachfolgeklausel im Hauptgesellschaftsvertrag liefern, nach der an die nachfolgenden Erben keine besonderen Anforderungen gestellt werden. In solchen Fällen sollten auch an die Feststellung einer Fortsetzungsklausel beim Tod des Hauptbeteiligten nur geringe Anforderungen gestellt werden³. In jedem Fall empfiehlt sich aber eine ausdrückliche Vereinbarung, daß die Unterbeteiligung durch den Tod des Hauptbeteiligten nicht aufgelöst werden, sondern mit dem oder den nachrückenden Erben fortgesetzt werden soll.

2. Tod des Unterbeteiligten

Für den Tod des Unterbeteiligten paßt die Vorschrift des § 727 BGB nicht. Hier ist wegen der insoweit übereinstimmenden Struktur mit der stillen Gesellschaft⁴ § 339 II BGB entsprechend anzuwenden⁵. Danach wird durch den Tod des stillen Gesellschafters die Gesellschaft nicht aufgelöst. Dieser Regelung liegt, wie auch § 177 HGB für die KG, der auch auf die Unterbeteiligung zutreffende Gedanke zugrunde, daß der

-
- 1) Bei einer Familienunterbeteiligung wird auch oft wegen des innerhalb der Familie vorhandenen Vertrauens eine Fortsetzung gewollt sein, vgl. Schneider, Möhring-Festschrift, S. 124.
 - 2) Vgl. aber auch zu den Grenzen der Einbeziehung oben S. 39 f.
 - 3) Vgl. Westermann, Handbuch, Bem. I 970.
 - 4) Vgl. oben S. 30 ff.
 - 5) Bopp S. 19; Esch NJW 1964, S. 906; Böttcher-Zartmann S. 86; Greifeld S. 72; Otto BB 1948, S. 213; Pöllinger S. 61; Weiß S. 118; auch Staudinger-Geiler Anh. zu §§ 705 ff. Anm. 79; Janberg DB 1953, S. 79; Herzfeld AcP 137, S. 316, die auf den Parteiwillen abstellen und dadurch zum regelmäßigen Ausschluß des § 727 BGB kommen.

Schwerpunkt des Gesellschaftsverhältnisses die kapitalmäßige Beteiligung bildet. Der Hauptbeteiligte braucht deshalb dem Unterbeteiligten kein besonderes Vertrauen entgegenzubringen. Sein Interesse, die Einlage zu behalten, wird in der Regel größer sein als das an der Person des Unterbeteiligten. Auch den Erben des Unterbeteiligten ist ein Einrücken in die Gesellschafterstellung zuzumuten, da der Erblasser den Hauptbeteiligten für vertrauenswürdig befunden hat.

Hat der Unterbeteiligte mehrere Erben, so fällt der Anteil des Unterbeteiligten an die Erbengemeinschaft¹, wenn im Unterbeteiligungsvertrag nicht bestimmt ist, daß nur einer oder einzelne Miterben das Gesellschaftsverhältnis fortsetzen sollen. Der Vertrag insbesondere einer Familienunterbeteiligung kann etwa vorsehen, daß nur Familienangehörige den Unterbeteiligungsanteil erben sollen und andere Erben abgefunden werden sollen². Damit der Hauptbeteiligte es nicht mit jedem einzelnen Erben der Unterbeteiligung zu tun hat³, kann eine Bestimmung empfehlenswert sein, daß diese ihre Rechte gegenüber dem Hauptbeteiligten nur durch einen gemeinsamen Vertreter ausüben können.

Die entsprechende Anwendung des § 339 II HGB gilt aber nicht ohne weiteres für die atypische Form der Unterbeteiligung. Sind dem Unterbeteiligten im Innenverhältnis oder in der Hauptgesellschaft⁴ in erheblichem Umfang Mitverwaltungsrechte eingeräumt, so kommt der Person des Unterbeteiligten eine größere Bedeutung zu. In diesen Fällen liegt es ebenso wie bei der atypischen stillen Gesellschaft näher, § 339 II HGB auszuschalten und die Gesellschaft gem. § 727 BGB mit dem Tode des Unterbeteiligten aufzulösen.

-
- 1) Vgl. Schneider, Möhring-Festschrift, S. 123; für die stille Gesellschaft Kühn, WM 1963, S. 1176; Schlegelberger-Geßler § 339 Anm. 24; Schilling in Großkomm HGB § 339 Anm. 34.
 - 2) Vgl. das Muster von Model-Haegeler Bem. 1167 (§ 7).
 - 3) Inhaber der Unterbeteiligung ist eine BGB-Gesellschaft, vgl. oben S. 10f.
 - 4) Rechte in der Hauptgesellschaft können ohnehin nur mit Zustimmung der Hauptgesellschafter neu eingeräumt werden.

III. Beendigung und rechtliche Veränderung der Hauptbeteiligung

1. Beendigung der Hauptgesellschaft

Endet die Hauptgesellschaft, so wird notwendig auch die Unterbeteiligung aufgelöst, da sie an den Bestand des Hauptgesellschaftsanteils geknüpft ist. Die Auflösung der Hauptgesellschaft bedeutet aber noch nicht ihre Vollbeendigung. Sie besteht mit verändertem Gesellschaftszweck als Abwicklungsgesellschaft weiter. Die Unterbeteiligung an einem Gesellschaftsanteil endet also nicht automatisch mit der Auflösung der Hauptgesellschaft¹, sondern durch Kündigung aus wichtigem Grund oder gem. § 726 BGB, weil infolge der Auseinandersetzung die Erreichung des gemeinsamen Zwecks unmöglich wird².

Die Beendigung der Hauptgesellschaft führt ausnahmsweise nicht zur Beendigung der Unterbeteiligung, wenn an die Stelle des Hauptgesellschaftsanteils eine andere, mittelbar daraus resultierende Beteiligung tritt und dies durch die Zweckvereinbarung der Unterbeteiligung gedeckt ist³. Dies gilt insbesondere für die Umwandlung der Hauptgesellschaft und damit des Anteils, etwa von einer KG in eine GmbH, und die Fusion⁴. Im Einzelfall kann allerdings auch ein Fortbestand der Unterbeteiligung gewollt sein, wenn an die Stelle des Hauptgesellschaftsanteils als Surrogat ein ganz anderer Gesellschaftsanteil tritt, etwa weil dem Hauptbeteiligten das Geld allgemein zur Kapitalanlage anvertraut ist.

2. Verlust der Hauptbeteiligung

Auch wenn der Hauptbeteiligte aus der Hauptgesellschaft ausscheidet, kann der Zweck der Unterbeteiligung nicht mehr er-

1) So für die stille Gesellschaft an einer Handelsgesellschaft Schlegelberger-Geßler § 339 Anm. 10; Baumbach-Duden § 339 Anm. 2 C, Paulick S. 212.

2) Pöllinger S. 65; Otto BB 1948, S. 212; für die stille Gesellschaft Schilling in Großkomm. HGB § 339 Anm. 8; Ritter § 339 Anm. 1 c; Koenigs S. 271.

3) Vgl. Westermann, Handbuch Bem. I 968.

4) Vgl. unten S. 151 ff.

reicht werden, so daß sie nach § 726 BGB aufgelöst wird. Kündigt der Hauptbeteiligte seinen Gesellschaftsanteil oder überträgt er ihn auf einen Dritten, so ist das wirksam, selbst wenn er den Unterbeteiligungsvertrag damit verletzt und sich schadensersatzpflichtig macht. Der Unterbeteiligte hat nur schuldrechtliche Ansprüche gegen den Hauptbeteiligten, dagegen keine Zugriffsmöglichkeiten auf den Erwerber übergegangenen Gesellschaftsanteil¹. Er hat deshalb eine relativ ungesicherte Stellung². Ebenso muß der Unterbeteiligte es hinnehmen, wenn der Hauptbeteiligte aus der Hauptgesellschaft ausgeschlossen wird oder bei einer GmbH der Geschäftsanteil kaduziert, amortisiert oder abandonniert wird. Auch durch den Konkurs des Hauptbeteiligten wird die Unterbeteiligung aufgelöst, § 728 BGB.

3. Rechtliche Veränderungen der Hauptbeteiligung

Auch rechtliche Veränderungen der Hauptbeteiligung können sich auf den Bestand der Unterbeteiligung auswirken. Der Unterbeteiligungsvertrag wird hierüber zweckmäßig ausdrückliche Regelungen vorsehen, insbesondere, wenn sie im Hauptgesellschaftsvertrag vorgesehen sind. Der Unterbeteiligungsvertrag kann solche Veränderungen erlauben, untersagen oder von der internen Zustimmung des Unterbeteiligten abhängig machen.

Ist etwa im Hauptgesellschaftsvertrag vorgesehen, daß der Hauptbeteiligte bei Erreichen einer bestimmten Altersgrenze, seine OHG-Beteiligung in eine KG-Beteiligung umwandeln kann, so wird der Unterbeteiligungsvertrag auf diese Regelung eingehen und ausdrücklich klarstellen, daß

-
- 1) Otto BB 1948, S. 212 und Böttcher-Zartmann S. 92 weisen darauf hin, daß eine echte Sicherung nur erreicht werden könnte, wenn die Veräußerung des Hauptgesellschaftsanteils im Hauptgesellschaftsvertrag von der Zustimmung des Unterbeteiligten abhängig gemacht würde oder dem Unterbeteiligten im Hauptgesellschaftsvertrag ein Übernahmerecht eingeräumt würde.
 - 2) Vgl. Westermann, Handbuch Bem. I 950, der auf die Möglichkeit der Abtretung der vermögensrechtlichen Ansprüche hinweist. Weiß S. 12 ff. berichtet ausführlich über den - sachlich ähnlichen - Sicherungseffekt der gesamthänderischen Zuständigkeit dieser Ansprüche.

der Hauptbeteiligte, zu einer solchen Umwandlung berechtigt ist, oder sie gegebenenfalls von der Zustimmung des Unterbeteiligten abhängig machen. Schweigt der Unterbeteiligungsvertrag insoweit, so kann im Wege der Ergänzung durch Bezugnahme¹ festzustellen sein, daß der Hauptbeteiligte insoweit Handlungsfreiheit besitzen soll. Wird dagegen die Hauptbeteiligung durch Gesellschafterbeschuß von einer OHG-Beteiligung in eine KG-Beteiligung umgewandelt, ohne daß dies im Hauptgesellschaftsvertrag vorgesehen war, so wird der Unterbeteiligte regelmäßig ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund haben, jedenfalls wenn dadurch, wie gesetzlich vorgesehen, der Umfang der Mitwirkungsbefugnis des Hauptbeteiligten beschnitten wird. Im umgekehrten Fall, der Umwandlung einer KG-Beteiligung in eine OHG-Beteiligung, dürfte dagegen kein Kündigungsrecht bestehen, da hier die Rechte des Unterbeteiligten nicht beeinträchtigt werden und dieser an der unbeschränkten Haftung nicht beteiligt wird. Besteht eine Unterbeteiligung an dem Anteil eines OHG-Gesellschafters und übernimmt dieser das Geschäft nach § 142 HGB, so setzt sich die Beteiligung an dem Geschäft fort², wobei wieder eine Kündigung aus wichtigem Grund in Frage kommt. Da dann die Bindung des Geschäftsinhabers gegenüber einem anderen Hauptgesellschafter entfällt, wird die Unterbeteiligung zur stillen Gesellschaft. Denn der Hauptbeteiligte wird dann zum Inhaber des vorher von der Gesamthandsgemeinschaft betriebenen Handelsgewerbes, und der Unterbeteiligte wird zum stillen Gesellschafter, da er nun nicht mehr an einem Gesellschaftsanteil, sondern am Handelsgewerbe selbst beteiligt ist. Der Wechsel anderer Gesellschafter wirkt auf

1) Vgl. oben S. 37 ff.

2) So in dem der Entscheidung des FG Nürnberg, EFG 1959, S. 245 zugrundeliegenden Fall. Für die stille Gesellschaft str. vgl. Hueck, Lehmann-Festschrift, S. 254; Paulick S. 153 u. 214; a.A. Koenigs S. 256.

den rechtlichen Bestand der Unterbeteiligung nicht ein, er wird daher nur selten aus wirtschaftlichen Gründen einen wichtigen Grund zur Kündigung abgeben¹. Fraglich kann der Fortbestand der Unterbeteiligung sein, wenn die Hauptgesellschaft eine Personengesellschaft war und in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt wird oder umgekehrt. Bestand an der umzuwandelnden Gesellschaft eine stille Gesellschaft, so wird dies nach h.M.² durch die Umwandlung aufgelöst, weil auch bei Identität der Gesellschafter ein neues Rechtssubjekt entstehe und auch wirtschaftlich gesehen durch eine Veränderung der Haftungsverhältnisse eine vollständige Veränderung der Situation eintrete. Das erste Argument trifft für die Unterbeteiligung nicht zu; Vertragspartner des Unterbeteiligten bleibt stets der Hauptbeteiligte, gleichgültig in welcher Rechtsform die Hauptgesellschaft betrieben wird. Im Hinblick auf den Hauptgesellschaftsanteil tritt allerdings eine wesentliche rechtliche und wirtschaftliche Veränderung ein. Man wird hier zu untersuchen haben, ob diese durch die ursprüngliche Zweckvereinbarung noch gedeckt ist. Dabei ist zu bedenken, daß die Unterbeteiligung regelmäßig weniger an eine bestimmte Rechtsform als an ein bestimmtes wirtschaftliches Unternehmen anknüpft, an dem der Unterbeteiligte mittelbar beteiligt sein möchte. Mit Herzfeld³ wird man deshalb die Frage nach dem Fortbestand der Unterbeteiligung bei Veränderungen des Hauptgesellschaftsanteils in rechtlicher oder wirtschaftlicher Hinsicht unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Identität zu beantworten haben. Demgemäß setzt sich die Unterbeteiligung an einem rechtlich veränderten Gesellschaftsanteil im Zweifel fort. Das ist offensichtlich der Fall bei der Unterbeteiligung an dem Anteil einer Vorbereitungsgesellschaft;

- 1) Vgl. Schneider, Möhring-Festschrift, S. 121; bei der stillen Gesellschaft ist er nach h.M. generell Kündigungsgrund, vgl. Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 49; Schilling in Großkomm. HGB § 335 Anm. 49; Hueck, Lehmann-Festschrift, S. 252; Paulick S. 152; für Auflösung ist Koenigs S. 254.
- 2) Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 35; Hueck, Lehmann-Festschrift, S. 254; Paulick S. 153.
- 3) Herzfeld AcP 137, S. 320; ähnlich Böttcher-Zartmann S. 88, die einer entsprechenden Fortsetzungsklausel nur klarstellende Bedeutung zumessen.

sie setzt sich an dem Anteil der später gegründeten Hauptgesellschaft fort¹. Die Unterbeteiligung wird im Zweifel aber auch an einem durch Umwandlung der Hauptgesellschaft rechtlich veränderten Hauptgesellschaftsanteil fortgesetzt. Der Unterbeteiligte hat dann freilich vielfach ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund, das ihm bei wesentlichen, nicht ausschließlich vorteilhaften rechtlichen und wirtschaftlichen Veränderungen des Hauptgesellschaftsanteils zusteht. Nur eine solche Auslegung entspricht den berechtigten Interessen des Unterbeteiligten, selbst darüber zu entscheiden, ob er das Unterbeteiligungsverhältnis fortsetzen will oder nicht.

Aus diesem Grund ist ein Fortbestand der Unterbeteiligung im Zweifel auch für den Fall der Fusion der Hauptgesellschaft mit einer anderen Gesellschaft anzunehmen, unabhängig davon, ob die Unterbeteiligung an dem Anteil des übernehmenden oder übertragenden Unternehmens besteht². Korrelat für den Fortbestand der Unterbeteiligung ist wiederum das Kündigungsrecht des Unterbeteiligten aus wichtigem Grund, das ihm bei der Fusion wegen der Erheblichkeit des Eingriffs stets zusteht.

Nur wenn sich aus dem Unterbeteiligungsvertrag ergibt, daß die Unterbeteiligung ausschließlich an dem ursprünglichen Hauptgesellschaftsanteil in seiner rechtlichen und wirtschaftlichen Form bestehen sollte, etwa weil der Unterbeteiligte nur hier die Möglichkeit hatte, über den Hauptbeteiligten auf die Hauptgesellschaft einzuwirken, endet die Unterbeteiligung mit der rechtlichen Veränderung des Hauptgesellschaftsanteils gemäß § 726 BGB.

1) Vgl. RG Bolze 19 Nr. 611; s. o. S. 37.

2) Die Verschmelzung mehrerer Personenhandelsgesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist mangels gesetzlicher Vorschriften nur durch Einzelübertragung möglich. Problematisch ist deshalb vor allem der Fortbestand einer Unterbeteiligung an einem Anteil des übertragenden Unternehmens.

IV. Konkurs der Gesellschafter der Unterbeteiligung

Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Hauptbeteiligten oder Unterbeteiligten wird die Unterbeteiligung aufgelöst, § 728 BGB. Fällt der Hauptbeteiligte in Konkurs, so bestimmt sich nach dem Recht der Hauptgesellschaft, ob auch diese aufgelöst wird. Das ist bei Personenhandelsgesellschaften die gesetzliche Regel, vgl.

§§ 131 Nr. 5, 138 HGB, und kann bei der GmbH in der Satzung vorgesehen sein, § 60 II GmbHG. Da der Unterbeteiligte am Hauptgesellschaftsanteil nur schuldrechtlich beteiligt ist und auch bei der offengelegten Unterbeteiligung nicht wirtschaftlich als Anteilsinhaber betrachtet werden kann¹, steht ihm im Konkurs des Hauptbeteiligten kein Aussonderungsrecht zu². Der Unterbeteiligte kann nur dadurch Vorsorge treffen, daß er sich Gegenstände aus dem Vermögen des Hauptbeteiligten zur Sicherheit übereignen oder verpfänden läßt³.

Die Auseinandersetzung der Gesellschaft findet außerhalb des Konkurses statt, § 16 I KO. Es kann deshalb insoweit auf die allgemeinen Auseinandersetzungsgrundsätze verwiesen werden. Problematisch könnte aber wegen der strukturellen Parallelen von Unterbeteiligung und stiller Gesellschaft die Frage sein, ob dem Konkursverwalter des Hauptbeteiligten das Anfechtungsrecht des § 342 HGB zusteht⁴. Die Frage wird, soweit ersichtlich, nur von Wiedemann⁵ erwähnt, der die Anwendung des § 342 HGB ablehnt und darauf verweist, die Regelung der §§ 335 ff HGB passe für die Unterbeteiligung nur

-
- 1) Vgl. aber die Konkursvorrechte des Treugebers bei der offengelegten Treuhand: Westermann, Handbuch, Bem. I 113; Palandt-Degenhart Einf. vor § 929 Anm. 7 B.
 - 2) Vgl. Westermann, Handbuch, Bem. I 944.
 - 3) Vgl. Böttcher-Zartmann S. 89; Janberg DB 1953, S. 79.
 - 4) Die Frage müßte konsequenterweise bejaht werden, wenn man, wie Esch NJW 1964, S. 902 ff. und Schneider, Möhring-Festschrift, S. 115 ff. die Unterbeteiligung als stille Gesellschaft einordnet.
 - 5) Wiedemann S. 313.

beschränkt, da gerade die für den stillen Gesellschafter typischen Kontrollrechte über das Handelsvermögen selbst dem Unterbeteiligten nicht gebührten.

Um die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung des § 342 HGB festzustellen, muß der Grundgedanke dieser Vorschrift ermittelt werden. Sinn des § 342 HGB ist es, die Konkursgläubiger des Inhabers eines Handelsgewerbes gegen Vereinbarungen zu schützen, die der Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung mit dem stillen Gesellschafter getroffen hat, um die Konkursgläubiger zu benachteiligen. Diese sind schutzwürdig, da der stille Gesellschafter durch sein Informationsrecht einen besseren Überblick über die Lage des Geschäfts hat¹ und die Gefahr besteht, daß der Geschäftsinhaber den stillen Gesellschafter wegen der engen gesellschaftlichen Beziehungen begünstigen will². § 342 HGB soll vor allem, wie aus der Entstehungsgeschichte hervorgeht³, die Geschäftsgläubiger davor schützen, daß ihnen die Kreditunterlage vor Konkurseröffnung entzogen wird⁴. Es handelt sich also um eine handelsrechtliche Sondervorschrift, die den Schutz des Handelsverkehrs gegenüber den §§ 29 ff. KO und dem Anfechtungsgesetz verstärken soll.

Dieser Grundgedanke läßt eine Anwendung des § 342 HGB auf die Unterbeteiligung zweifelhaft erscheinen. Das Geschäftsvermögen der Unterbeteiligung besteht in der Beteiligung an der Hauptgesellschaft. Es besteht daher, anders als bei der stillen Gesellschaft, keine rechtliche Identität zwischen dem Hauptbeteiligten und dem Träger handelsgewerblich genutzten Vermögens, nämlich der Hauptgesellschaft. Die

1) Schlegelberger-Geßler § 342 Anm. 1; Schilling-Großkomm. HGB § 342 Anm. 1; hier ist das Argument von Wiedemann, siehe S. 152 einzuordnen.

2) Koenigs S. 345.

3) Vgl. Protokolle von 1858 III S. 1159.

4) Dieser Zweck ist allerdings angesichts der heutigen Sicherungsmöglichkeiten fragwürdig geworden.

Verpflichtungen und Forderungen des Hauptbeteiligten sind deshalb nicht solche des Inhabers des Handelsgewerbes. Durch den Erlaß oder die Rückzahlung der "Einlage" des Unterbeteiligten durch den Hauptbeteiligten wird deshalb das im Handelsgeschäft eingesetzte Vermögen nicht verkürzt, so daß hierdurch die Geschäftsgläubiger auch nicht benachteiligt werden können, da der Hauptbeteiligte nur über sein Privatvermögen verfügt. Insoweit ist also eine Anwendung des § 342 HGB ausgeschlossen.

Die Geschäftsgläubiger können durch Verfügungen des Hauptbeteiligten allerdings benachteiligt werden, wenn dieser persönlich haftender Gesellschafter ist. § 342 HGB soll aber eine Sicherung nur für das handelsgewerblich eingesetzte Vermögen, nicht auch für das Privatvermögen des Handelsgesellschafters schaffen¹. Die Vorschrift ist daher auch auf den Privatkonkurs des OHG-Gesellschafters oder Komplementärs einer KG nicht anwendbar. Anders ist es allerdings, wenn der Hauptbeteiligte selbst ein Handelsgewerbe betreibt, etwa eine GmbH an einer KG als Komplementär beteiligt ist, da hier der Hauptbeteiligte seinerseits über handelsgewerblich eingesetztes Vermögen verfügt. Daran vermag dann auch das u.U. eingeschränkte Informationsrecht des Unterbeteiligten nichts zu ändern.

Erwägenswert ist die Anwendbarkeit des § 342 HGB auf die Unterbeteiligung, wenn der Hauptbeteiligte zwar nicht rechtlich, wohl aber wirtschaftlich mit dem über das Gesellschaftsvermögen Verfügungsberechtigten identisch ist. Das trifft vor allem auf die Ein-Mann-GmbH zu, da hier die für die Hauptbeteiligung sonst typische Bindung durch andere Gesellschafter entfällt. Die Gläubiger der GmbH können hier geschädigt werden,

1) RGZ 30, S. 35 ff., das die entsprechende Vorschrift des ADHGB im Privatkonkurs eines OHG-Gesellschafters für unanwendbar erklärte, der im eigenen Namen mit einem stillen Gesellschafter der OHG eine Vereinbarung getroffen hatte; zustimmend Flechtheim § 342 Anm. 2; Schilling in Großkomm. HGB § 342 Anm. 2; Schlegelberger-Geßler § 342 Anm. 2.

wenn der Ein-Mann-Gesellschafter dem Unterbeteiligten die Einlage aus Gesellschaftsmitteln zurückgewährt hat. Die Rechtsprechung hat für die Ein-Mann-GmbH den Satz entwickelt, daß die rechtlichen Folgen aus der Verschiedenheit zwischen der GmbH und dem Alleingesellschafter dann versagen, wenn wichtige Gründe vorliegen, die die Ausnutzung dieser Verschiedenheit als Rechtsmißbrauch erscheinen lassen¹. Es darf daher auch die Form der Unterbeteiligung an einem GmbH-Anteil anstelle der stillen Beteiligung an der Ein-Mann-GmbH selbst nicht dazu benutzt werden, die Gläubigerschutzvorschriften § 342 HGB zu umgehen. Im Konkurs der GmbH könnte deshalb u.U. die entsprechende Anwendung des § 342 HGB auf Verfügungen des Ein-Mann-Gesellschafters zugunsten des Unterbeteiligten aus dem Vermögen der GmbH, nicht dagegen aus seinem Privatvermögen, geboten sein.

F. Auseinandersetzung der Unterbeteiligung

I. Entsprechende Anwendbarkeit des § 340 HGB

An die Auflösung schließt sich die Auseinandersetzung der Unterbeteiligung an. Für die typische Unterbeteiligung paßt wiederum die für die BGB-Gesellschaft geltende Regelung der §§ 730 ff. BGB nicht. Diese Vorschriften sind zunächst insoweit ausgeschlossen, als sie ein Gesamthandsvermögen und Gesellschaftsschulden voraussetzen, da der Unterbeteiligte lediglich schuldrechtliche Ansprüche gegen den Hauptbeteiligten hat. Aber auch eine Beteiligung an der Substanz paßt wegen der kapitalmäßigen Beteiligung des Unterbeteiligten nicht. Mangels anderer Abreden hat deshalb der Unterbeteiligte ebenso wie der stille Gesellschafter nur einen

1) RGZ 156, S. 271; RG DR 1943, S. 811; BGHZ 22, S. 230;
Baumbach-Hueck, GmbHG, Anh. zu § 34 Anm. 3; Scholz § 15 Anm. 63.

Anspruch auf Auszahlung seines Guthabens. Auf die typische Unterbeteiligung ist also § 340 HGB entsprechend anzuwenden¹. Abweichende Vereinbarungen sind natürlich möglich².

Der Auseinandersetzungsanspruch des Unterbeteiligten besteht also aus seinem Anteil am Buchwert des Hauptgesellschaftsanteils zuzüglich des Gewinns bzw. abzüglich des Verlustes des letzten Geschäftszeitraums. Der buchmäßige Anteil des Unterbeteiligten ist regelmäßig in einer bestimmten Quote oder bei Festkonten auch in einem bestimmten Nennbetrag festgelegt. Auch an den sonstigen Gewinnkonten ist der Unterbeteiligte im Zweifel in diesem Verhältnis beteiligt und kann deshalb die Auszahlung des auf ihn entfallenden Anteils verlangen. Das gilt allerdings nicht ohne weiteres für den gebundenen Gewinn, der auch dem Hauptbeteiligten nicht frei zur Verfügung steht³. Hier wird eine entsprechende Anwendung des § 340 II HGB und eine Abfindung im Rahmen des Zumutbaren nach Treu und Glauben angebracht sein⁴.

Da der Unterbeteiligte nicht an der Substanz des Anteils beteiligt ist, braucht bei der Auseinandersetzungsbilanz nicht der tatsächliche Wert des Hauptgesellschaftsanteils, sondern nur der darauf entfallende Gewinn oder Verlust des letzten Geschäftszeitraums berechnet zu werden⁵. Bei der stillen Gesellschaft wird allerdings zusätzlich auch der während der Dauer der Gesellschaft erzielte Gewinn, der wegen der Bildung von Rücklagen nicht als solcher ausge-

1) Böttcher-Zartmann S. 89; Esch NJW 1964, S. 906; Greifeld, S. 73; Pöllinger S. 70; Westermann, Handbuch, Bem. I 971; a.A. Herzfeld AcP 137, S. 318.

2) Siehe unten S. 161 ff.

3) Vgl. Westermann, Handbuch, Bem. I 963.

4) Siehe oben S. 117 f.

5) Vgl. Westermann, Handbuch, Bem. I 971; Böttcher-Zartmann S. 89.

wiesen ist, berücksichtigt¹. Das ist aber bei der Unterbeteiligung im Zweifel nicht der Fall. Hier soll der Unterbeteiligte regelmäßig nur an dem Gewinn beteiligt werden, der in der Bilanz der Hauptgesellschaft ausgewiesen ist. Mangels anderer Abrede sind für den Unterbeteiligungsvertrag die Bilanzierungsvorschriften maßgeblich, da auf sie stillschweigend Bezug genommen ist. Zudem wäre es dem Hauptbeteiligten vielfach kaum möglich, eine solche Bilanz unter Auflösung der Reserven zu erstellen.

Nach § 34o II HGB nimmt der stille Gesellschafter an dem Gewinn und Verlust aus den zur Zeit der Auflösung schwebenden Geschäften teil, soweit der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regelung enthält. Teilweise wird aber schon für die stille Gesellschaft eine stillschweigende Ausschußvereinbarung angenommen, wenn der stille Gesellschafter am Gewinn und Verlust der bei Beginn der Gesellschaft schwebenden Geschäfte beteiligt war². Eine solche Auslegung liegt auch für die Unterbeteiligung nahe, zumal die gesonderte Abrechnung der zur Zeit des Austritts schwebenden Geschäfte vielfach für den Hauptbeteiligten mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre. Der Unterbeteiligungsvertrag wird daher der Klarheit halber die Beteiligung an den schwebenden Geschäften ausschließen³ oder eine pauschale Abgeltung vorsehen. Diese Überlegungen gelten allerdings nicht für den gebundenen Gewinn, auf den oben⁴ § 34o II HGB teilweise entsprechend angewandt wurde. Hier wird eine Beteiligung an dem

1) Baumbach-Duden § 34o Anm. 1 A; Schlegelberger-Geßler § 34o Anm. 6; Koenigs S. 287.

2) RG Bolze 14 Nr. 483a; Baumbach-Duden § 34o Anm. 2; Weipert § 34o Anm. 31; a.A. Koenigs S. 298; Schlegelberger-Geßler § 34o Anm. 21.

3) Vgl. das Muster von Fiegler, Prüfung, S. 117 (§ 5).

4) Siehe oben S. 117 f.

gebundenen Gewinn zu Beginn der Unterbeteiligung eher dafür sprechen, daß dieser bereits mit der Auflösung fällig wird.

II. Abweichende Vereinbarungen

Die Gesellschafter der Unterbeteiligung können abweichende Vereinbarungen treffen. Sofern das nach dem Recht der Hauptgesellschaft zulässig ist, können sie etwa vereinbaren, daß die Unterbeteiligung zu einem bestimmten Zeitpunkt in eine offene Beteiligung an der Hauptgesellschaft umgewandelt wird, oder daß der Unterbeteiligte die Hauptbeteiligung unter Abfindung des Hauptbeteiligten übernimmt¹.

Vor allem aber kann der Unterbeteiligungsvertrag auch eine Beteiligung des Unterbeteiligten an der Substanz des Gesellschaftsanteils vorsehen, etwa weil sich die Gesellschafter der Unterbeteiligung zum Erwerb des Anteils zusammengeslossen haben². Auch aus steuerlichen Gründen kann eine Beteiligung an den stillen Reserven bei der Auseinandersetzung angebracht sein, da der Unterbeteiligte dann als Mitunternehmer im Sinne des § 15 II EStG angesehen wird³.

Schwierigkeiten ergeben sich bei der Beteiligung des Unterbeteiligten am inneren Wert des Anteils deshalb, weil das Geschäftsguthaben, nämlich der Hauptgesellschaftsanteil, in der Hauptgesellschaft gebunden und deshalb nicht frei darüber verfügbar ist. Der Hauptbeteiligte kann den Wert des Anteils nur realisieren, wenn er aus der Hauptgesellschaft ausscheidet oder wenn die Hauptgesellschaft aufgelöst wird.

1) Vgl. Westermann, Handbuch, Bem. I 972; Otto BB 1948, S. 213.

2) Vgl. oben S. 63f.

3) Vgl. BFH BB 1960, S. 620; BStBl 1962 III, S. 957;
Böttcher-Zartmann S. 91.

Es wird deshalb vielfach erforderlich sein, bezüglich der Beteiligung des Unterbeteiligten am inneren Wert des Anteils nach Auflösungsgründen zu differenzieren¹.

Keine besonderen Probleme entstehen, wenn die Unterbeteiligung wegen der Liquidation der Hauptgesellschaft endet. Der Unterbeteiligte kann dann in vollem Umfang an dem Auseinandersetzungsguthaben des Hauptbeteiligten beteiligt werden. Je nach der Höhe des Entgelts, das der Unterbeteiligte für die Beteiligung zahlen mußte, kann aber die Beteiligung auch auf die nach der Gründung entstandenen Werte beschränkt werden.

Ist Auflösungsgrund das Ausscheiden des Hauptbeteiligten aus der Hauptgesellschaft, so wird der Unterbeteiligte auch nur am Abfindungsanspruch des Hauptbeteiligten beteiligt sein. Das gilt auch dann, wenn der Hauptbeteiligte beim Ausscheiden aus der Hauptgesellschaft nur den Nennwert erhält oder nur in beschränktem Umfang den wirklichen Wert des Anteils erhält, jedenfalls wenn er nach dem Unterbeteiligungsvertrag zu diesem Ausscheiden berechtigt war. Auch eventuelle Beschränkungen bei der Auszahlung werden dann vielfach auf den Unterbeteiligungsvertrag einwirken. Wird etwa der Hauptgesellschaftsanteil nur ratenweise ausbezahlt, so kann durch die Ergänzung des Unterbeteiligungsvertrages durch Bezugnahme² zu ermitteln sein, daß dies auch für die Unterbeteiligung gilt.

Schwierigkeiten können entstehen, wenn der Unterbeteiligte ausscheidet, während die Hauptbeteiligung fortbesteht³.

1) Vgl. hierzu auch das Muster von Model-Haegele Bem. 1167 (§ 8).

2) Vgl. dazu oben S. 37 ff.

3) Vgl. auch Westermann, Handbuch, Bem. I 972 zur Auslegung der Beteiligung am "wirklichen Wert".

Hier kann Rücksicht darauf zu nehmen sein, wenn der Hauptbeteiligte selbst bei seinem Ausscheiden aus der Hauptgesellschaft nur den Nennwert erhält, selbst wenn das im Unterbeteiligungsvertrag nicht ausdrücklich gesagt ist. Ein anschauliches Beispiel hierzu bietet der oben besprochene¹ vom BGH² entschiedene Fall. Dort war im Unterbeteiligungsvertrag geregelt, daß der Unterbeteiligte bei der Liquidation der Hauptgesellschaft am inneren Wert des Anteils beteiligt sein sollte. Der Fall des Ausscheidens des Unterbeteiligten vor Auflösung der Hauptgesellschaft war dagegen nicht geregelt. Der Hauptbeteiligte erhielt für den Fall vorzeitigen Ausscheidens aus der Hauptgesellschaft nur den Nennwert. Zu Recht hat der BGH diese Vereinbarung in den Unterbeteiligungsvertrag hineinwirken lassen und festgestellt, daß dann auch der Unterbeteiligte für den Fall seines vorzeitigen Ausscheidens nur den Nennwert erhalte.

Aber auch soweit der Hauptbeteiligte bei seinem Ausscheiden aus der Hauptgesellschaft den wirklichen Wert der Beteiligung erhält, wird das bei einem vorzeitigen Ausscheiden des Unterbeteiligten nicht unbedingt maßgeblich. Denn der Hauptbeteiligte hat in der Regel ein Interesse daran, in der Hauptgesellschaft zu verbleiben, was ihm bei einer Abfindung des Unterbeteiligten zum inneren Wert mangels anderen Vermögens vielfach nicht möglich ist. Hier kann die Regelung sinnvoll sein, daß der Unterbeteiligte nur den Nennwert erhält, wenn er selbst kündigt, im Falle der Kündigung durch den Hauptbeteiligten dagegen auch am inneren Wert des Anteils beteiligt ist.³ Der Unterbeteiligte ist dann dagegen geschützt, daß

1) Siehe oben S. 42 f.

2) BGH WM 1967, S. 685, 686.

3) Vgl. das Muster von Model-Haegeler Bem. 1167 (§ 8).

der Hauptbeteiligte ihn unbillig verdrängt.

Um die Aufstellung einer besonderen Auseinandersetzungs-
bilanz zu ersparen, kann der Unterbeteiligungsvertrag auch
eine pauschale Abgeltung der stillen Reserven vorsehen.¹

1) Vgl. hierzu Böttcher-Zartmann S. 91 und das Muster
98 d (§ 4) in Wurm/Wagner/Zartmann.

Schlußbetrachtung

Die Unterbeteiligung ist eine Innengesellschaft, bei der ein Gesellschafter intern einen anderen an seinem Gesellschaftsanteil beteiligt. Ihr Rechtsverhältnis wird durch das Maß der internen Mitbeteiligung des Unterbeteiligten und die Einwirkung des Gesellschaftsvertrags der Hauptgesellschaft auf die Gesellschaftsstruktur wie auch auf Einzelregelungen wesentlich geprägt.

Infolge der Einwirkung des Gesellschaftsvertrages der Hauptgesellschaft hat die Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen strukturelle Übereinstimmungen mit der internen Beteiligung an einem Handelsgewerbe, also der stillen Gesellschaft. Die Vorschriften der §§ 335 ff. HGB sind daher teilweise entsprechend auf die Unterbeteiligung anwendbar. Abweichungen ergeben sich aus dem besonderen Merkmal der Unterbeteiligung, daß ihr Vermögen, der Hauptgesellschaftsanteil, in der Hauptgesellschaft gebunden ist, und der Hauptbeteiligte daher darüber nicht frei verfügen kann.

Der Gesellschaftsvertrag der Hauptgesellschaft wirkt auch auf die Einzelregelungen des Unterbeteiligungsvertrages ein. Er ist das vorgegebene Rechtsverhältnis, an dem sich der Unterbeteiligungsvertrag auszurichten hat, und bestimmt teilweise automatisch seinen Inhalt. Vor allem legt er die Grenzen fest, die einer Verpflichtung des Hauptbeteiligten gegenüber dem Unterbeteiligten gezogen sind. Diese sind bei zahlreichen Regelungen zu berücksichtigen, wie im einzelnen dargelegt wurde, so bei der Regelung der internen Mitwirkungsbefugnisse oder des Informationsrechts des Unterbeteiligten. Entsprechend dem Gesellschaftszweck der Unterbeteiligung, der gemeinschaftlichen Beteiligung an der Hauptgesellschaft, wird deren Gesellschaftsvertrag im allgemeinen als vorrangig gewollt sein. Scheinbar widersprechende Regelungen des Unterbeteiligungsvertrages werden ihm daher viel-

fach durch eine hauptgesellschaftskonforme Auslegung anzupassen sein, wirklich widersprechende Regelungen können wegen Unmöglichkeit oder Sittenwidrigkeit nichtig sein.

In diesem Rahmen, der durch den Gesellschaftsvertrag der Hauptgesellschaft abgesteckt wird, bleibt jedoch ein breiter Raum für eine individuelle Regelung des Umfangs der internen Mitbeteiligung des Unterbeteiligten je nach den jeweiligen wirtschaftlichen Bedürfnissen. Dieser reicht vom partiarischen Darlehen bis zur treuhänderischen Beteiligung.

Allerdings ist es erforderlich, den Unterbeteiligungsvertrag dem Gesellschaftsvertrag der Hauptgesellschaft auch bei solchen Regelungen anzupassen, die an sich in die Dispositionsfreiheit der Gesellschafter der Unterbeteiligung gestellt sind. So ist etwa bei der Regelung der Gewinnverteilung, der Kündigung oder der Auseinandersetzung stets die entsprechende Regelung des Vertrags der Hauptgesellschaft zu beachten, wenn ein sachgerechter Interessenausgleich erzielt werden soll. Eine solche Anpassung wird zur Vermeidung von Unklarheiten zweckmäßigerweise ausdrücklich erfolgen. Der Kautelarjurisprudenz fällt hier eine besondere Aufgabe zu. Andernfalls muß die Regelung des Unterbeteiligungsvertrages gegebenenfalls durch Bezugnahme auf den Vertrag der Hauptgesellschaft ergänzt werden. Dabei muß natürlich stets berücksichtigt werden, in welchem Umfang der Unterbeteiligte nach dem Gesellschaftszweck an den Rechten und Pflichten des Hauptgesellschaftsanteils intern beteiligt werden soll.

Lebenslauf

Am 21. November 1943 wurde ich in Lübeck geboren. Meine Eltern sind die prakt. Ärzte Dr. med. Gregor Meyer und seine Ehefrau Dr. med. Aenne, geb. Almodt. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Die Reifeprüfung legte ich am 20. Februar 1963 am Städtischen Gymnasium in Wiedenbrück ab. Im Sommersemester 1963 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Münster, studierte anschließend drei Semester an der Universität Freiburg i.Br. und kehrte dann an die Universität Münster zurück. Am 10. Februar 1968 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Seit Mai 1968 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen. Seit September 1969 bin ich wissenschaftlicher Mitarbeiter im Institut für Genossenschaftswesen der Universität Münster.

